



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, veintiuno (21) de mayo del año dos mil veinte (2020).

Radicación: 15001 3333 010 2016-00149 00.
Accionante: CARLOS JULIO GAMBA PUERTO.
Accionado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

I. ASUNTO A RESOLVER.

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, previos los siguientes

II. ANTECEDENTES.

2.1 La demanda.

2.1.1 Hechos relevantes:

a.- El señor Carlos Julio Gamba Puerto se desempeña como servidor judicial en el cargo de Secretario Municipal del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chitaraque y es beneficiario de la bonificación judicial creada mediante el decreto 0383 de 2013 a partir del primero de enero de dicha anualidad.

b.- La entidad demandada en el momento de realizar la liquidación de los valores correspondientes a las prestaciones sociales y demás emolumentos del accionante, no tuvo en cuenta la bonificación judicial precitada como factor salarial y prestacional.

c.- Por medio de derecho de petición del 25 de abril de 2016, radicado el 05 de mayo de esa anualidad, se solicitó a la entidad la reliquidación de la bonificación judicial como factor salarial, , obteniendo respuesta negativa otorgada mediante acto administrativo DESTJ16-1441 del 31 de mayo de 2016, notificado el 03 de junio de ese año.

d.- En contra del acto administrativo citado, se interpuso y sustentó recurso de apelación el día 03 de junio de 2016 a través de correo electrónico, el cual fue concedido por medio de resolución 02530 del 17 de junio de 2016.

e.- El recurso de reposición no fue resuelto dentro de los términos, configurándose así el silencio administrativo negativo.

2.1.2 Pretensiones.

En primer lugar se solicita la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo primero del decreto 383 de 2013, 1269 de 2015 0246 de 2016 y los que en dicha materia ha proferido el Gobierno nacional, en donde señala *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de Seguridad Social en Salud”*

Solicita igualmente la declaratoria de nulidad del acto administrativo. DESTJ16-1441 del 31 de mayo de 2016, mediante el cual la entidad demandada negó las peticiones del accionante, así como la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado a partir de la configuración del silencio administrativo de la entidad frente al recurso de apelación interpuesto en contra del acto administrativo anteriormente referido.

A título de restablecimiento de derecho solicitó que se condenara a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a re liquidar la prima de servicios, prima de proactividad, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías intereses sobre las cesantías y demás emolumentos que se liquiden con base en el salario del demandante, como beneficiario del decreto 383 de 2013.

En consecuencia de lo anterior, solicitó que se reconozcan y paguen las diferencias que resulten de la reliquidación de las prestaciones y de los demás emolumentos, debidamente indexadas tal y como lo dispone el Artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Solicitó el reconocimiento de los intereses corrientes y/o moratorios sobre todas las sumas que resulten en su favor desde que se hizo exigible el derecho., además del reconocimiento de la bonificación judicial contemplada en el decreto 383 y la respectiva sanción moratoria contemplada en el Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

2.1.3.- Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante sustentó la presentación del medio de control en la siguiente forma:

Solicitó la inaplicación de aquellos decretos que sustraen a la bonificación judicial su naturaleza de factor salarial y prestacional, lo anterior basado en los artículos 2, 4, 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política, sobre irrenunciabilidad de los derechos mínimos de los trabajadores, así como la aplicación de los convenios 95 y 100 de la OIT.

Igualmente solicitó la aplicación del Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo el cual versa sobre lo que constituye salario, además de lo anterior agregó las disposiciones del decreto 1042 de 1978 sobre prestaciones sociales y otros factores salariales. Frente a la normatividad precitada, argumentó que la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 se paga de manera habitual esto es, mes a mes en retribución a un a una labor desempeñada, por lo tanto es forzoso concluir que gracias a estas características debe tener las mismas consecuencias jurídicas del salario, no solo para descuentos de seguridad social, sino también para la base de liquidación de las prestaciones devengadas por el demandante.

Por lo tanto solicitó la inaplicación por inconstitucionalidad del Artículo primero del Decreto 383 de 2013.

2.2- Contestación de la demanda

La NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, guardó silencio.

2.3- Alegatos de conclusión.

2.3.1.- Parte demandante (fls. 78 a 79).

Por medio de escrito del 15 de febrero de 2018 el apoderado del demandante alegó de conclusión en los siguientes términos:

El demandante por medio de su apoderado reiteró sus pretensiones, solicitando que las mismas fuesen concedidas. Agregó que de conformidad con el acuerdo realizado entre representantes, funcionarios empleados de la Rama Judicial y el Gobierno Nacional el día 06 noviembre de 2012, se reconoció el derecho de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, a tener una nivelación en la remuneración conforme a los términos de la Ley 4ª de 1992. Lo anterior constituye un hecho notorio que no requiere de prueba.

En ocasión a dicha acta, se expidieron otros decretos, entre ellos el 383 de 2013 que hoy nos atañe, por el cual se reconoció una bonificación judicial para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, la cual se empezó a percibir desde el día 01 de enero de 2013, en forma periódica, siendo vinculante en virtud del numeral 5 del Artículo 7º del Decreto 1092 de 2012, Artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 y el Artículo 8º del Convenio 151 de la OIT.

Añadió que la bonificación judicial percibida por el accionante es un adicional como ingreso laboral, siendo este incluido dentro de la remuneración mensual percibida. Sin embargo, a pesar de que la bonificación en tratándose presenta estas características, está siendo sustraída como factor salarial, pero si está siendo tenida en cuenta como tal para efectos de deducciones destinadas a Seguridad Social.

Anotó que se debe tener presente la definición de salario, que comprende todo lo percibido por el trabajador en función de su relación laboral.

Agregó que de acuerdo a la unificación jurisprudencial, el conteo del término cuando surge un hecho nuevo producto de una decisión judicial para la inclusión en la base liquidataria del auxilio de cesantías, esta es procedente como lo sostuvo el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 04 de agosto de 2010 con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve.

En consecuencia de lo anterior, el demandante solicitó fuese inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 1º del Decreto 383 de 2013 y sus decretos posteriores en donde se desconoce el factor salarial de la bonificación judicial, además de que se declarara la nulidad del acto administrativo enjuiciado, y que como consecuencia de lo anterior se ordene a la entidad demandada a realizar la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante, desde el 01 de enero de 2013 hasta su pago real y efectivo.

2.3.2.- Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Vencido el término para realizar la presentación de los respectivos alegatos de conclusión la parte demandada decidió guardar silencio.

III. TRÁMITE.

La demanda fue radicada el 15 de diciembre de 2016 (fl. 31), correspondiendo por reparto a este Despacho, en donde por auto de 25 de enero de 2017 se admitió (fls.33 y 34).

De acuerdo con la constancia secretarial presente en folio 41, el 14 de julio de 2017 inició el término para contestar la demanda, el que venció el día 29 de agosto de 2017, oportunidad dentro de la cual la parte demandada no presentó escrito de contestación, como quedó registrado en precedencia.

Surtidas las actuaciones procesales pertinentes, mediante auto de 20 de octubre de 2017 se fijó fecha para audiencia inicial (fl. 43), la que se llevó a cabo el 12 de diciembre de 2017 (fls. 46 y 47). La audiencia de pruebas se realizó el 09 de febrero de 2018 (fl. 58), oportunidad en la que se dio por concluido el trámite probatorio y se corrió traslado para que se realizaran los pertinentes alegatos de conclusión, derecho que no fue ejercido por la entidad demandada, como se plasmó en el capítulo anterior.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1 Problema jurídico.

En la fijación del litigio llevada a cabo en audiencia inicial (fls. 46 a 47) se estableció que la controversia bajo examen, se contrae a determinar si hay lugar a inaplicar por inconstitucionalidad la expresión que respecto de la bonificación judicial contemplan los artículos 1º de los Decretos 383 de 2013, 1269 de 2015 y 246 de 2016, en los que se indica que “*constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, para así poder establecer si el accionante tiene derecho a la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión en la base de la citada bonificación judicial.

4.2 Marco normativo.

Del régimen salarial de los servidores públicos.

Con fundamento en lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f)¹ de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992², por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, incluidos los empleados de la Rama Judicial³, disponiendo en su (artículo 2º):

*“a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;**” (Negrilla fuera del texto original)*

Ahora, en virtud de la facultad otorgada por el legislador, mediante la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 57 de 1993, “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones”. Donde se establecieron, entre otras, las siguientes disposiciones:

“ARTICULO 1º. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.”

“ARTICULO 2º. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha.”

Es en esta forma que a partir de 1993, se creó un nuevo régimen salarial a favor de los empleados de la Rama Judicial que se vincularan a partir del 7 de enero de tal anualidad, fecha de entrada en vigencia del decreto citado. Además, se fijó un término para que aquellos servidores que se encontraban ya vinculados optaran, por una sola vez (antes del 28 de febrero de 1993) por el régimen salarial y prestacional nuevo; en caso contrario, es decir, quienes no lo hicieren, seguirían rigiéndose por las disposiciones vigentes a la fecha.

Entonces, los regímenes salariales y prestacionales que definen la situación laboral de los empleados de la Rama Judicial, son: I) El Régimen de los Acogidos, que se aplica a quienes se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 57 de 1993 o que, aun estando vinculados, optaron por vincularse al nuevo régimen, y II) El Régimen de los No Acogidos, aplicable a los servidores vinculados antes del 7 de enero de 1993 y que no eligieron acogerse al Decreto 57 de 1993

4.2.1.- De lo referente a la bonificación judicial

¹ “ARTICULO 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 la Fuerza Pública;

(...)

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

(...)

² “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

³ “Artículo 1º.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(...)

b. Los empleados del Congreso Nacional, la **Rama Judicial**, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República.

(...)

En ejercicio de las funciones legales contenidas en la Ley 4ª de 1992, el poder Ejecutivo el 06 de marzo de 2013 expidió el Decreto 383, “por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”. Tal decreto previó:

“Artículo 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y 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”
(Negrilla fuera del texto original)

Así mismo se fijó en este Decreto el monto de tal bonificación, para los años 2013 a 2018, precisando el valor correspondiente para cada cargo. Sin embargo ello ha sido modificado mediante los Decreto 1269 de 2015⁴, 246 de 2016⁵, 1014 de 2017⁶, 340 de 2018⁷ y 992 de 2019⁸, que han ajustado el monto de la bonificación judicial anualmente desde el año 2015 hasta el presente.

4.2.2.- De la definición de salario.

Si bien la Constitución Política no incluye la definición de salario, si brinda una especial protección al trabajo y al salario, como se advierte tanto en el preámbulo como en los artículos 25 y 53, razón por la cual, el legislador conserva cierta libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario. Sin embargo, tal libertad es relativa, como lo señala la Corte Constitucional⁹, pues las definiciones legislativas no sólo deben respetar los principios constitucionales generales, sino que la Carta precisa algunos elementos estructurales constitutivos de la noción de salario, con el fin de fortalecer la protección al trabajo, valor y principio fundante del Estado colombiano (Preámbulo y art. 1º de la Constitución Política).

En atención a tales límites constitucionales, diferentes normas laborales han establecido el concepto de salario, el Estado Colombiano, mediante la Ley 54 de 1962, ratificó el Convenio No. 95 de la OIT relativo a la protección del salario, en el cual se establece:

“Artículo 1. A los efectos del presente convenio el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. (Negrilla y subrayado del despacho).

En consonancia con lo anterior, se tiene que la Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones, dispone al respecto:

**“Artículo 14. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones”**

⁴ “Por el cual se modifica el Decreto 383 de 2013”

⁵ “Por el cual se modifica el Decreto 1269 de 2015”

⁶ “Por el cual se modifica el Decreto 246 de 2016”

⁷ “Por el cual se modifica el Decreto 1014 de 2017”

⁸ “Por el cual se modifica el Decreto 340 de 2018”

⁹ Sentencia C-521 de 1995. En la cual se señala: “(...) Así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas (CP arts. 1º y 25), lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (CP art. 53). Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio “a trabajo igual salario igual” tiene rango constitucional. Pero dentro de esos marcos, el Congreso conserva la posibilidad de optar por diversas definiciones legislativas de los componentes salariales. Por ello esta Corporación, en reciente decisión, precisó que “la Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

“Artículo 15. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. 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, excedente 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.” (Subrayado y negrillas del despacho).

Ahora bien, para el caso de los empleados públicos, el Decreto 1042 de 1978¹⁰, estableció:

“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 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.

(...). (Negrilla y subrayado del despacho).

Y en particular para los servidores de la Rama Judicial, el Decreto 717 de 1978¹¹ definió claramente todo lo que se puede considerar salario, así:

“Artículo 12. De otros Factores de Salario. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.”

Por su parte, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto No. 1393 del 18 de junio de 2002, señaló que la definición y noción de salario dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo debe ser aplicada a los empleados públicos:

“3. Factores salariales de los servidores públicos del orden nacional y distrital. El artículo 3° de la ley 4ª de 1992 establece que “el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.” Y el artículo 2 ibídem dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta “el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.”

Para la Sala, ante todo, es necesario precisar los conceptos de salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración.

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 sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” 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

¹⁰ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”

¹¹ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos, y se dictan cargos, y se dictan otras disposiciones.”

como retribución por sus servicios. (...)" (Negrilla dentro del texto original, subrayado del Juzgado).

De acuerdo con la normativa referida, la noción de salario que debe ser aplicada en Colombia, tanto para trabajadores del sector privado como para empleados públicos, es aquella que contiene los elementos de:

I) **Retribución:** remuneración inmediata o directa, ordinaria fija o variable, o cualquier pago en dinero o en especie, sea cualquiera la forma de denominación que se le dé.

II) **Carácter habitual o periódico:** debe tener una periodicidad en su reconocimiento.

III) **En calidad de contraprestación directa del servicio:** tal retribución corresponde a la remuneración por los servicios del trabajador, esto excluye las dádivas y las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador.

En ese entendido, se concibe como factor salarial todo emolumento que en forma habitual o periódica sea percibido por el trabajador como contraprestación a los servicios prestados, sin importar la denominación que el empleador le dé a tal concepto.

4.2.3.- De la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad.

4.2.3.1. Excepción de Inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad encuentra fundamento en el artículo 4º de la Constitución política, este artículo predica lo siguiente.

ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."

Con base en tal disposición, la Corte Constitucional ha determinado el concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

"La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad 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."¹² (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, con el objeto de evitar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierta en un instrumento de desobediencia a la ley, y, de contera a las reglas propias de la democracia formal desbordando los límites de los poderes públicos, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado a través de su jurisprudencia, unas condiciones objetivas que deben existir para la aplicación legítima de la excepción las cuales son a saber: i) Que exista una violación o contradicción clara, evidente y palmaria de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución configurándose claramente un estatus de incompatibilidad y ii) Que la norma llamada a ser inaplicada sea una reproducción de otra previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucional.

Respecto de la exigencia de incompatibilidad manifiesta, la Corte se pronunció en prematura jurisprudencia mediante la Sentencia T-614 de 1992¹³ de la siguiente forma:

"(...) Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU-132 del 13 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada.

¹³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.”

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "*repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, 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".¹⁴

En atención a la segunda hipótesis de condición objetiva de aplicación el máximo intérprete constitucional ha expresado que:

“(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, la excepción de inconstitucionalidad únicamente puede aplicarse cuando resulta incuestionable –conforme al texto de la disposición o clarísima jurisprudencia de la Corte Constitucional- que viola la Carta. (ii) que la norma que fue inaplicada corresponda a la reproducción de una declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en cuyo caso se verificaría la violación del artículo 243 de la Carta. (...)”¹⁵.

La exigencia referida a que existan unas condiciones objetivas de aplicación también ha sido estudiada y decantada por el Consejo de Estado quien sobre el particular ha manifestado:

“(...) La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. (...) Esta exigencia se explica porque (...) la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía de la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades; por tanto, su invocación requiere argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución. De lo contrario, en caso de existir dudas o argumentos plausibles a favor de la compatibilidad entre ambas normas, se impone el deber, también de raigambre constitucional, de aplicar la normatividad legal y reglamentaria vigente, que es un “principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de organización jurídico-política previsto en la Constitución.” Ahora, valga aclarar que, evidenciada dicha incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y no una simple posibilidad discrecional del operador jurídico (...)”¹⁶

En resumen, la excepción de inconstitucionalidad debe obedecer a unos criterios objetivos de aplicación tales como la manifiesta incompatibilidad de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución, o, la reproducción de una norma previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucionalidad; cualquiera de las dos condiciones debe estar presente como requisito *sine qua non* para que la aplicación de la excepción de

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Radicación 1999 del 20 de Mayo de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

constitucionalidad se repute como legítima.

De manera concomitante al establecimiento de unas condiciones objetivas de aplicación, la jurisprudencia también ha desarrollado unas circunstancias respecto de las cuales la excepción de inconstitucionalidad se **constituye en un deber de aplicación**, ya que en caso de no ser aplicada se estaría violando de manera directa la Constitución. Al respecto la Corporación se ha pronunciado así:

“(...) El artículo 4 constitucional no sólo permite, sino que ordena que en cualquier caso de incompatibilidad de la Constitución con otra ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En esa medida, el funcionario judicial que aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto ve plenamente validados sus pronunciamientos a la luz de la Carta Política. (...)”¹⁷.

“(...) En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. (...)”¹⁸.

En igual sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

“(...) De manera que cualquier autoridad a quien le corresponda aplicar una norma no sólo está legitimada, sino obligada, a abstenerse de hacerlo cuando la encuentra incompatible con la Constitución Política, de modo que de no aplicar en ese evento la excepción de inconstitucionalidad su actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez. En síntesis, la excepción de inconstitucionalidad constituye una excepcional figura de control de constitucionalidad que, en términos del artículo 4° de la Constitución Política, impone a los funcionarios encargados de aplicar una determinada norma jurídica el deber de implicarla en una situación concreta, con efectos sólo respecto de dicha situación, cuando quiera que razonablemente y en términos objetivos advierta que entre dicha norma y la Constitución Política existe incompatibilidad (...)”¹⁹

Así, la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuando esta se constituye en un “deber” atribuible a la autoridad judicial evidentemente podría llegar a configurar una causal específica de procedibilidad de tutela en contra de providencia por violación directa de la Constitución, hecho que se decanta y sistematiza en sentencias tales como la T-774 de 2004 y la C-590 de 2005 las cuales reiteran reglas tales como la fijada por medio de la sentencia T-441 de 2003:

“Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso.”²⁰

Conforme a lo anterior, de forma enunciativa algunos deberes de aplicación serían los siguientes: i) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma manifiestamente incompatible con la Constitución, en los términos en que fueron expuestos en acápites anteriores; y ii) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma formalmente válida y vigente pero que en su contenido reproduzca otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable 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.

En atención al punto la Corte ha manifestado:

“(...) Cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues

¹⁷ Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

están en la práctica reproduciendo "el contenido material del acto declarado inexecutable".(...) ²¹.

En síntesis, podemos afirmar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad resulta ser como ha sido anotado una facultad que debe ser utilizada en uso de competencia funcional y atendiendo a unos límites estudiados y descritos en la jurisprudencia; pero al mismo tiempo, se constituye en un deber frente a la existencia de normas claramente incompatibles con la Constitución.

4.2.3.2. Excepción de Ilegalidad

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 establece que *"las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes"*.

A partir de la norma en cita se llegó a decantar la posibilidad de inaplicar un acto administrativo en caso que este fuera contrario a la constitución o a la ley, haciendo uso no solo a la excepción de inconstitucionalidad sino además de la excepción de ilegalidad ²². No obstante, esta última posibilidad solo resultaba admisible en la medida que para la época de expedición de la Ley 153 no existía en Colombia el control de legalidad propiamente dicho, el cual nace para nuestro ordenamiento con la expedición del Decreto – Ley 01 de 1984 (antiguo código contencioso administrativo); razón por la cual, se puede discernir que éste último deroga tácitamente la disposición normativa del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 haciendo actualmente nugatorio la posibilidad de aplicar la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades públicas ²³.

Al respecto el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha pronunciado de la siguiente forma:

"Frente a la excepción de ilegalidad se ha considerado que el artículo 12 de la ley 153 de 1887, debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que NO existía control efectivo de legalidad de los actos administrativos" ²⁴.

Por su parte, en cuanto a la excepción de ilegalidad el Órgano de Cierre de lo Constitucional, precisó en Sentencia C-037 de 2000:

*"De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad**, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, **la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.***

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional." ²⁵ (Negrilla fuera de texto).

Es así que estas herramientas de los operadores jurídicos (excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad), fueron acogidas expresamente por la Ley 1437 de 2011, al disponer:

"Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **el juez podrá, de oficio o a petición**

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Entendida como la facultad de inaplicar un acto administrativo (u otra norma de inferior jerarquía) por ser contraria a la ley.

²³ Con excepción de los jueces por las razones que se anotarán más adelante.

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia Sección Cuarta. Rad 5996 del 14 de julio de 1995. Consejero Ponente. Delio Gómez Leyva.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000 del 26 de enero de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

*de parte, **inaplicar con efectos interpartes** los actos administrativos **cuando vulneren la Constitución Política o la ley.***

*La decisión consistente en **inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.**" (Negrilla fuera de texto).*

Dicho lo anterior, estas excepciones se constituyen en facultades, pero también en deberes de los operadores jurídicos, que pueden ser aplicadas a determinado caso concreto, aún de oficio, pero cuyos efectos son *inter partes* y siempre sobre la base de una argumentación sólida que evidencie el flagrante desconocimiento de preceptos constitucionales y legales.

4.3.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentra probado:

- Que el señor CARLOS JULIO GAMBA PUERTO, ha prestado sus servicios a la Rama Judicial desde el 11 de enero de 2012 hasta la fecha, según constancia expedida por la coordinadora de talento humano de la Dirección Ejecutiva Seccional De Administración Judicial (fl. 65 y 83).
- Que desde el año 2013 hasta la fecha, ha venido percibiendo en forma habitual y periódica, la bonificación judicial creada por el decreto 383 de 2013 modificado por los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018; como se evidencia en los reportes de nómina visibles en (fls. 66-75 y 84 a 93).
- Que el demandante pertenece al régimen salarial acogido de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 57 de 1993 y 110 de 1993 (fl. 60).
- Que el accionante a través de su apoderado judicial, interpuso petición ante la Dirección Ejecutiva Seccional De Administración Judicial de Tunja de fecha 25 de abril de 2016 y radicada el 5 de mayo de la misma anualidad (fl. 19), por medio de la cual solicitaba la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas desde el año 2013 y que se generan a futuro, tomando en cuenta como factor salarial la bonificación salarial contemplada en el decreto 0383 de 2013.
- Frente a la petición anterior, el director ejecutivo por medio de oficio DESTJ16-1441 de 31 de mayo de 2016, negó la petición del demandante, al considerar que la entidad simplemente está cumpliendo cabalmente con la normatividad vigente que rige la materia (fl. 19-22).
- En consecuencia de lo anterior, el demandante mediante apoderado judicial interpuso recurso de apelación (fl. 23-26) solicitando revocar el acto administrativo contenido en el oficio DESTJ16-1441 del 31 de mayo de 2016, y en su lugar acceder a la petición, el recurso de apelación fue concedido mediante resolución 2530 de 17 de junio de 2016 (fl. 27). El recurso de apelación en cuestión no fue resuelto dentro de los términos legales, con lo cual se configuró un acto administrativo ficto o presunto negativo.

De lo expuesto, se tiene que va a constituir factor salarial todo concepto que sea percibido en forma periódica o habitual por el empleado o funcionario como contraprestación por sus servicios. Así las cosas habiendo probado el demandante que en retribución a sus servicios, devengó la bonificación judicial en tratando desde el año 2013, resulta imperioso concluir que este emolumento cumple con la totalidad de las características propias para considerarse como factor salarial.

Sin embargo, el Gobierno Nacional, en el decreto de creación de la mentada bonificación judicial, de manera **injustificada**, limitó el alcance de factor salarial de tal haber, al establecer que se constituiría como tal únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, connotación que impide que la bonificación judicial sea tenida en cuenta por la entidad demandada para liquidar las prestaciones sociales de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial en

general y en particular de la demandante, circunstancia que ha disminuido el monto de sus prestaciones y ha desmejorado sus condiciones salariales.

Se infiere 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 artículo 1° del Decreto 383 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 emolumento²⁶ para la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores de la Rama Judicial, lo cual desconoce evidentemente el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53²⁷ de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2° de la propia Ley 4ª de 1992, atinente a que “(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*” (principio de progresividad).

En virtud de lo expuesto, se inaplicará por inconstitucional la expresión *constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*, contenida en el artículo 1° del decreto 383 de 2013 así como la utilizada en el mismo artículo de los decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018 y 992 de 2019, por consiguiente se declarará la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio DESTJ 16-1441 del 31 de mayo de 2016 y del acto administrativo ficto o presunto configurado en sede del recurso de apelación interpuesto.

Como consecuencia de lo anterior y a título de Restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada a re liquidar las prestaciones sociales percibidas por el demandante, incluyendo dentro del cálculo la bonificación salarial creada por el decreto 383 de 2013 y pagar las diferencias actualizadas que se hayan generado como consecuencia de la mentada reliquidación, desde el 1° de enero de 2013 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, del mismo modo se ordenará que en adelante la entidad accionada para la liquidación de las prestaciones sociales del demandante, tenga en cuenta como factor salarial la denominada bonificación judicial, mientras perdure el vínculo laboral.

4.4.- De la prescripción.

Resulta imperioso establecer si hay lugar o no a la declaratoria oficiosa de la excepción de prescripción del derecho respecto a los periodos sobre los que se reclama el derecho pretendido a título de restablecimiento del derecho.

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²⁸ y 102 del Decreto 1848 de 1969²⁹ (reglamentario del primero), establecen

²⁶ Véase la siguiente providencia aplicable por analogía: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejera ponente: MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07), Actor: PABLO J. CACERES CORRALES, Demandado: GOBIERNO NACIONAL, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA. Donde, trajo a colación providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 19 de marzo de 2010, que examinó lo relativo a la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y consideró que el Gobierno Nacional había disminuido el monto de las prestaciones sociales de los funcionarios de que trata la mencionada norma concluyendo lo siguiente: “ 1. *El Ejecutivo desbordó su poder por cuanto bajo la apariencia de una prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad despojó de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales*”

²⁷ ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

²⁸ «Artículo 41. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»*

²⁹ «Artículo 102. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por un lapso igual con la presentación del respectivo reclamo por escrito ante la entidad competente.

Sobre el particular, el Despacho estima que en el presente caso, el Decreto 383 de 2013, generó efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2013, lo que significa que el término de prescripción vencía el 1º de enero de 2016, y como, la petición del demandante fue radicada el 05 de mayo de 2016 (fls. 19-22), encuentra el Juzgado que operó el fenómeno extintivo de la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 04 de mayo de 2013, razón por la cual se declarará de oficio parcialmente probada la excepción en estudio.

4.5.- Del reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

De otro lado, la parte demandante pretende que se reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías al haber consignado un valor diferente al que tenía derecho.

Frente a la pretensión del pago de la sanción moratoria como consecuencia del pago incompleto de sus cesantías; la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de Sentencia de 07 de septiembre de 2018 señaló:

“(…)

La finalidad del legislador al contemplar la sanción moratoria fue apremiar al empleador a la consignación oportuna de las cesantías anualizadas, debido a la importancia de esta prerrogativa laboral destinada a cubrir necesidades básicas del servidor público relacionadas con educación y vivienda de su núcleo familiar.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, en los eventos en que se reconozcan una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías con ocasión de una nivelación salarial, ello no implica el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que al tratarse de una sanción que se configura por una conducta determinada en la ley en cabeza del empleador que incumpla el plazo señalado en la ley para consignar el valor liquidado por la anualidad o fracción correspondiente en el fondo administrador seleccionado por el empleado y no podrá aplicarse a otras situaciones fácticas, en tanto ello desconoce el principio de legalidad y a su vez, la garantía esencial del debido proceso.”³⁰ (subrayado fuera del texto).

De igual forma, en sentencia proferida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo el 25 de agosto de 2016, se determinó lo siguiente:

“(…)

La sanción moratoria no es accesoria a la prestación social - cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento.”³¹

Conforme a lo anterior, dicha pretensión debe negarse teniendo en cuenta que la sanción moratoria no es accesoria a las cesantías y no depende de un ajuste de la asignación salarial prestacional, además porque al tratarse de una sanción que se configura por presupuestos establecidos en la ley no se puede reconocer a través de la presente acción pues se desconocería el principio de legalidad y debido proceso.

4.6.- Costas.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

³⁰ Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 07 de Septiembre de 2018- Radicación: 08001-23-23-000-2014-00334-01(1172-16)

³¹ Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 25 de agosto de 2016- Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14)

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., que establece “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación*”, el despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas.

Se precisa en éste punto, que el despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016³², en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección “B” del Consejo de Estado que indica: “...*la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada*”³³.

En mérito de lo expuesto, el Juez *Ad hoc* Decimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA.

PRIMERO.- INAPLICAR por inconstitucional e ilegal 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 artículo 1º del Decreto 383 de 2013, así como la expresión “*(...) y constituye 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 de los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018 y 992 de 2019; conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del oficio DESTJ16-1441 del 31 de mayo de 2016, expedido por el Director Ejecutivo Seccional, así como del Acto Administrativo ficto o presunto que se configuró por el silencio administrativo negativo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en sede del Recurso de Apelación interpuesto contra el mismo oficio, por medio de la cual se negó la solicitud de inclusión de la bonificación judicial en la liquidación de las prestaciones sociales, esto es, como factor salarial, desde el año 2013, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR de oficio parcialmente probada la excepción de prescripción, esto es por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2013 y el 04 de mayo de 2013, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL,, **RELIQUIDAR** todas las prestaciones sociales devengadas por el demandante desde el 5 de mayo de 2013, incluyendo dentro de la base para su cálculo, **la bonificación judicial** creada por el Decreto 382 de 2013 **y pagar las diferencias** que se hayan generado como consecuencia de tal reliquidación **desde el 5 de mayo de 2013 y en adelante**, a favor del señor CARLOS JULIO GAMBA PUERTO.

QUINTO.- CONDENAR a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, incisos 2 y 3, de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula matemática financiera acogida por el Consejo de Estado:

Índice Final

³² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

³³ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

R=Rh -----
Índice Inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

SEXTO.- ORDENAR la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que a partir de la ejecutoria de esta sentencia y en adelante, para la liquidación de las prestaciones sociales del señor **CARLOS JULIO GAMBA PUERTO** identificada con cedula de ciudadanía 80.165.219 de Bogotá, tenga como factor salarial la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013. Lo anterior, mientras preste sus servicios a la RAMA JUDICIAL.

SEPTIMO.- La NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO.- Sin condena en costas.

NOVENO.- Negar las demás pretensiones por lo expuesto en la parte motiva.

DECIMO. - Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G. del P, aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial³⁴. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HILDEBRANDO SÁNCHEZ CAMACHO
Conjuez

³⁴ Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."