REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUZGADO TERCERO (3°) ADMINISTRATIVO TRANSITORIO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

EXPEDIENTE	**11001-33-42-047-2018-00372-00**
DEMANDANTE	**MARÍA CONCEPCIÓN FERNÁNDEZ DE GÓMEZ**
DEMANDADO	**NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**
MEDIO DE CONTROL	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

ASUNTO PREVIO

El artículo 155 numeral 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, sin atención a su cuantía.

Por otra parte, a través del Acuerdo PCSJA23-12034 de 17 de enero de 2023[1], se dispuso, entre otras cosas, la creación de tres (3) juzgados administrativos transitorios en el Circuito de Bogotá cuya competencia comprende las reclamaciones salariales y prestacionales promovidas por servidores públicos de la Rama Judicial y con régimen similar.

En razón de lo anterior, por medio del oficio CSJBTO23-483 de 6 de febrero de 2023 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá se estableció que al Juzgado Tercero (3°) Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá le correspondía asumir el conocimiento de los procesos originarios de los Juzgados Administrativos 46 a 57 del Circuito de Bogotá y los Juzgados Administrativos de Facatativá, Girardot, Leticia y Zipaquirá.

[1] «Por el cual se crean unos cargos con carácter transitorio para tribunales y juzgados, a nivel nacional, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».

En este orden de ideas, y en atención a los referidos parámetros de competencia, y reparto, se avocará el conocimiento del presente asunto y proferirá la decisión que en Derecho corresponda.

ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., instauró demanda con las siguientes

PRETENSIONES[2]:

1. Inaplicar por resultar contrario a la Constitución, en virtud el artículo 4° de la Constitución Política, la expresión: *«… constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones v al Sistema General de Seguridad Social en Salud*» del artículo 1° del Decreto 382 de 2013.

2. Que se declare la nulidad de la petición elevada por la demandante con Oficio 20161190128782 del 29 de agosto de 2016, donde solicita tener con carácter salarial y prestacional la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013.

3. A título de restablecimiento del Derecho solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer que la bonificación judicial del Decreto 382 de 2013 percibida por la demandante es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro y, en consecuencia, se le pague el producto de la reliquidación de las mismas debidamente indexadas y respectivos intereses moratorios a partir del 1º de enero de 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento y pago. Todo lo anterior dando cumplimiento a los artículos 187, 192 y 195 CPACA.

Situación fáctica[3]**:**

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

[2] Fl. 18, carpeta 02 “Demanda” expediente digital.
[3] Fls. 16 - 18, carpeta 02 “Demanda” expediente digital.

1. La demandante viene percibiendo mensualmente la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, pero no se le tiene en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales.

2. Por medio de petición del 29 de agosto de 2016, solicitó el reconocimiento con carácter salarial y prestacional de la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, desde el 1º de enero de 2013, sin que a la fecha haya obtenido respuesta, configurando ello el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo.

DISPOSICIONES PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN[4]

Aseveró que los artículos objeto de violación por parte de la demandada principalmente son: Preámbulo, artículos 2, 13, 25, 53 y 150 de la Constitución Política; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Argumenta en extenso que los actos acusados adolecen de falsa motivación, al negar reconocer la naturaleza salarial de la bonificación judicial y su incidencia en su liquidación prestacional, lo cual va en contra de los derechos adquiridos y los principios de progresividad y no regresividad, como de favorabilidad que en materia salarial y prestacional protege a los trabajadores.

TRÁMITE PROCESAL

El medio de control fue radicado el 14 de septiembre de 2018[5] y por reparto le correspondió el conocimiento del proceso a la Juez 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, autoridad que por Auto del 21 de enero de 2019, admitió la demanda[6]. Luego, por Auto de 27 de agosto de 2019, se declaró impedida[7], siendo aceptado por el Tribunal Administrativo mediante providencia del 25 de noviembre del mismo año[8], en la que se dispuso además, la designación de un juez *ad hoc*.

---

[4] Fls. 19-25, carpeta 02 “Demanda” expediente digital.
[5] Sistema de Consulta siglo XXI de la Rama Judicial- página web https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=yHtHuoaOiHJiIXX%2bp91IeByESbI%3d
[6] Fl.s 1 y 2, Carpeta 03 “TrámiteEscrito” expediente digital.
[7] Fls. 56-59, Carpeta 04 “Impedimento” expediente digital.
[8] Carpeta 01 “Impedimento” expediente digital.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[9]

La apoderada de la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, aceptó los hechos relativos a cargos desempeñados y tiempos laborados por el demandante, siempre que estuviesen soportados documentalmente.

Señaló que, en virtud de la Constitución Política de 1991 y la Ley 4ª de 1992 la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, por lo que no le es dable a la entidad realizar, de forma unilateral y autónoma, variación alguna.

De igual manera, luego de hacer en extenso un análisis normativo y jurisprudencial al respecto, concluyó que la bonificación judicial solo es considerada factor salarial, en desarrollo del artículo 1° del Decreto 382 de 2013, para efectos cotización a los sistemas de salud y pensión por expreso mandato legal.

Finalmente propuso como excepciones: i) la constitucionalidad de la restricción de carácter salarial; ii) prescripción de los derechos laborales; iii) cumplimiento de un deber legal; iv) cobro de lo no debido y, v) buena fe.

SENTENCIA ANTICIPADA

El Juzgado Tercero Transitorio, mediante Auto del 24 de noviembre de 2021[10], en virtud de lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, reformatoria de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se dictan otras disposiciones en materia de descongestión y se adiciona el artículo 182 A, ordenó dar continuación al trámite del proceso, teniendo que el asunto es de puro derecho y no había pruebas que decretar, se prescindió de la audiencia inicial, se decretaron como pruebas los documentos que acompañaron la demanda, y se corrió traslado para alegar de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora[11] presentó escrito de alegatos en el que reiteró los argumentos de la demanda, en cuanto a que resulta necesario el estudio de la inconstitucionalidad del Decreto 382 de 2013 y su modificatorio 022 de 2014, en razón

[9] Fls. 16-34, Carpeta 03 “TramiteEscrito” expediente digital.
[10] Carpeta 06 “AutoAlegatos” expediente digital.
[11] Carpeta 08 “AlegatosDemandante” expediente digital.

a que si no ocurre primeramente la declaratoria de inconstitucionalidad de los mismos, no se puede abordar la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuya nulidad se depreca, y más si se tiene en cuenta que la entidad manifiesta el supuesto apego a la norma.

Por su parte, **la apoderada de la entidad demandada**[12], alegó de conclusión, reiterando lo expuesto en la contestación a la demanda, relacionado con que las disposiciones contenidas en el Decreto 0382 de 2013, son producto de la facultad legal que es otorgada al Gobierno Nacional en la Constitución Política de Colombia, regidas a su vez por los criterios señalados por el Congreso de la República en la Ley 4ª de 1992, para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos, entre ellos, los de la Fiscalía General de la Nación, por lo que de manera formal esta disposición goza de plena validez y eficacia jurídica, encontrándose amparada por el principio de legalidad.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA:

Conforme a la preceptiva contenida en el artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, en armonía con el Acuerdo PCSJA23-12034 del 17 de enero de 2023, el cual le atribuye competencia a este despacho transitorio para conocer las reclamaciones salariales y prestacionales promovidas por servidores públicos de la Rama Judicial y con régimen similar.

I. PROBLEMA JURÍDICO:

Se contrae a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de sus prestaciones sociales, con la inclusión como factor salarial, tanto de la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013.

De igual manera, en caso de verificarse la procedencia de las pretensiones formuladas, se analizará si en el caso bajo consideración surge el fenómeno jurídico de prescripción trienal.

[12] Carpeta 09 “AlegatosFiscalía” expediente.

II. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL:

- **DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL CREADA EN EL DECRETO 382 DE 2013 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES.**

El artículo 150 de la Constitución Política de 1991 estableció, entre otros, que el Congreso de la República es la autoridad competente para hacer las leyes con contenido general y abstracto, en las que señala los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como ocurre en asuntos relativos a la definición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y la Fuerza Pública.

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

En virtud de lo anterior, y en desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa a cargo del Congreso de la República se expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía tener en cuenta el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, de modo que, el artículo 1º de la Ley señalada con anterioridad, dispuso que el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos en ella planteados, debía fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico; 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; entre otros.

Más adelante, el parágrafo del artículo 14 *ibidem*, estipuló que, dentro del mismo término, el Gobierno revisaría el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y regímenes similares sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo **criterios de equidad**. Tenemos entonces que, en virtud de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, a través de los Decretos 51, 52 y 53 de 1993. De esta manera, el Decreto

52 de 1993 *«Por el cual se fija la escala de remuneración para los empleos de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto Nacional de Medicina Legal y de Ciencias Forenses y se dictan otras disposiciones en materia salarial*», estableció que sus disposiciones se aplicarían a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que no optaran por el régimen especial establecido en desarrollo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y para los funcionarios y empleados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En *cuanto*, al Decreto 53 de 1993 *«Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones»*, se consagró el régimen salarial y prestacional para quienes se vincularan a la entidad con posterioridad a su entrada en vigencia.

De otra parte, si bien es cierto que, en el mencionado parágrafo no se estableció de forma precisa y detallada cómo debía efectuarse la nivelación de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía General, Ministerio Público, Justicia Penal Militar, entre otros, también es cierto que no autorizó al ejecutivo para suprimir o extraer el carácter salarial de la remuneración de sus empleados, como sí lo hizo con sus funcionarios frente a las prestaciones taxativamente consagradas por el legislador.

Corolario de lo anterior, los criterios enunciados en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 evidencian que el Presidente de la República al eliminar el carácter salarial de la bonificación judicial contemplada en el artículo 1° de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, excede su potestad reglamentaria, por imponer una limitación sin que previamente el legislador lo hubiese establecido de manera directa y expresa, o por lo menos le hubiese otorgado dicha facultad de una manera inequívoca[13].

En línea con lo expuesto, tenemos que el H. Consejo de Estado, al resolver sobre la nulidad de la expresión «no constituirá factor salarial» respecto de una prima creada por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 y en favor de los servidores de la DIAN, sostuvo que:

> *«[…] Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del "incentivo" en estudio es netamente salarial y que <u>la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el</u>*

[13] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala Transitoria, radicado 11001-33-35-011-2017-00093-01, Sentencia del 16 de marzo de 2020, M. P. Luis Eduardo Pineda Palomino.

decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un "incentivo", que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica "adicional" desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.
[...] No sobra recordar que la Ley 4ª de 1992 materializó el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. miembros del Congreso y la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 20 ***una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.***

[...] A la luz del Convenio 095 de la OIT, 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.

[...] Por ello, el "incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.
Como viene de exponerse, constituye un criterio de esta Sección, que la naturaleza salarial de un pago se deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional.
En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4117 del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas.

[...] En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial de modo que la expresión "no constituye factor salarial", está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados»[14]

De lo anterior se deduce que, los argumentos de hecho y de derecho que tuvo en cuenta el H. Consejo de Estado para decretar la nulidad de la expresión «*no constituye factor salarial*» en la antedicha sentencia son los mismos que acoge este Despacho como suficientes para afirmar que la bonificación judicial creada para los servidores públicos de la Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación y Justicia Penal Militar a través de los Decretos 382, 383 y 384 de 2013, con toda certeza, debe ser tenida como factor salarial con todos sus efectos y consecuencias.

Así mismo, resulta imperativo destacar que recientemente el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 29 de junio de 2021[15] en el mismo sentido también consideró:

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2018. M.P. Dr. César Palomino Cortés. Radicado No.11001-03-25-000-2011-00167-00
[15] Tribunal Administrativo De Boyacá. Sala De Conjueces. Ponente: Zulma Clemencia Torres Gallo. Junio 29 de 2021.

> *«[…] 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 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 […]»* (Negritas fuera del texto original).

Al respecto, cabe indicar que el Decreto 382 de 2013, permite establecer que la "bonificación *judicial"* constituye un pago mensual y, por lo tanto, habitual y periódico, de modo que cumple las características de ser una remuneración fija en dinero y establecida como contraprestación directa del servicio y en este sentido es imperativo insistir en que la misma, debe respetar los principios de la norma que desarrolla, esto es la Ley 4ª de 1992 y consecuentemente el artículo 150 de la C.P., inciso 1º, y literal e) del numeral 19, que dispuso ordenar la nivelación salarial atendiendo criterios de equidad, considerando el salario en toda la dimensión y efectos desarrollados en la jurisprudencia constitucional, por lo que puede concluirse que su finalidad es precisamente tener efectos sobre la base salarial que devengan los empleados y funcionarios del ente demandado.

- **CONCEPTO DE SALARIO**

Al respecto, si bien la Constitución no especifica reglas acerca de su definición, elementos integrantes o efectos en la liquidación de las prestaciones sociales, la Corte Constitucional ha señalado que estos aspectos deben ser regulados por el legislador bajo criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, y consultando principios básicos constitucionales como la igualdad, la garantía de una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y la primacía de la realidad sobre la formalidad[16]. Y como noción de salario, concretó:

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

[16] Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1995

de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.[17]"

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

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

«Son factores de salario: Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; los gastos de representación; la prima técnica; el auxilio de transporte; el auxilio de alimentación; la prima de servicio; la bonificación por servicios prestados; los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión» (Negrilla fuera de texto).

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

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

Conforme el artículo 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo que regulan el salario y los pagos que lo integran, 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[18].

En este sentido, el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 7 de diciembre de 2006[19], integrando los conceptos de salario presentes en nuestro ordenamiento, indicó de forma general que: *«por salario debe entenderse no solo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de*

[17] Ídem
[18] Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce
[19] Consejo de Estado – Sección Segunda, subsección B, Sentencia de 7 de diciembre de 2006, M.P. Jesús María Bustamante

salario, en otras palabras, todo lo que devengue ***periódicamente*** *como retribución de sus servicios».* (negrilla fuera de texto)

Posteriormente, en sentencia del 1º de agosto de 2013[20], con ponencia del *consejero* Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado, al resolver un caso sobre el carácter salarial de la prima de riesgo que percibían los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, dijo lo siguiente: *«[...] Bajo estos supuestos, ha de decirse que* ***todas las sumas que de manera habitual v periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización v liquidación de una prestación pensional****»* (Negrilla fuera de texto).

De esta manera, la Corte[21] ha hecho referencia de forma amplia al concepto de salario, dejando claro que, sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago **habitual** que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales, esto es, periódicas y permanentes.

Conforme lo anteriormente expuesto es diáfano para el Despacho que la bonificación judicial creada mediante Decreto N° 382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de *forma habitual y periódica* en contraprestación a sus servicios, no hay razón para desconocer su carácter salarial, máxime que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial, «*aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y atentar contra principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política*».

- **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD:**

Es preciso destacar que a través de la Ley 54 de 1962[22] se adoptó el Convenio 95 del 8 de junio de 1949 de la Organización Internacional del Trabajo, por medio del cual se definió el salario así: «...*el término salario significa la remuneración o ganancia, sea*

[20] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 1 de agosto de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011)
[21] Sentencia C-892 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[22] «Por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20ª, 32ª, 34ª y 40ª».

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».

- **EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

La supremacía constitucional constituye un principio básico del Estado de Derecho, que implica que toda contradicción entre una norma legal o reglamentaria y una constitucional pueda resolverse a favor del precepto constitucional. Lo anterior deriva del axioma de que la Constitución es norma de normas y que, por fuera de sus reglas y principios, las leyes carecen de validez y efectividad.

La Corte Constitucional ha sido enfática en que más que una posibilidad, constituye realmente un deber inaplicar una norma que es incompatible con la Constitución, así lo precisó con meridiana claridad el Alto Tribunal:

> *«(…) cabe recordar que el artículo 4 de la Carta contempla el principio de constitucionalidad, según el cual, en caso de incompatibilidad entre el Estatuto Fundamental y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer aquél. En consecuencia, la autoridad que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política»*[23]*.* (Subrayado fuera de texto).

El deber de cualquier autoridad que tenga a su cargo la aplicación de una norma jurídica que sea contraria a la Constitución consistente en preferir el precepto constitucional[24], implica que la competencia para aplicar esta figura no se basa en un criterio orgánico de poder público sino en un criterio funcional, recayendo la facultad en quien tiene la competencia para aplicar la norma. Dicha competencia busca en primer lugar, restringir el ejercicio del poder público, y, en segundo lugar, garantizarles a los ciudadanos que el poder público sea ejercido desde el principio de legalidad[25]. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional:

> *«Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier*

[23] Sentencia T – 556 de 1998. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 6 de octubre de 1998.
[24] ESGUERRA, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Legis. Bogotá, febrero de 2012, págs. 437 y 438.
[25] QUIROGA, Edgar. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Revista de Derecho Público N 34. Enero – junio de 2015. P. 13.

juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto»[26]*.*

«Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional»[27] *"*[28]*.*

Así las cosas, se concluye que los jueces, en su condición de autoridad, deben hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad cuando advierten que, de la aplicación de una norma a un caso concreto, se derivan consecuencias que vulneran el ordenamiento constitucional.

Esta facultad también tiene una expresa consagración legal, así, en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se establece:

«…***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 de parte, inaplicar con efectos inter-partes 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».

Sobre la necesidad de constatar la incompatibilidad de las normas inferiores con la Superior, como fundamento de su inaplicación, ha dicho la Corte Constitucional que:

«En el sentido jurídico que aquí busca relievarse, 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 (…)[29]*».*

De tal manera que el planteamiento contenido en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 respecto de la creación de la bonificación judicial y su tenor literal al señalar «***constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social***», contiene una

[26] Sentencia C-122/11. M.P. Doctor Juan Carlos Henao. Bogotá, 1 de marzo de 2011.
[27] Sentencia T-808/07. M.P. Dra. Catalina Botero Marino, Bogotá 1 de octubre de 2007.
[28] Sentencia SU132/13. M.P. Doctor Alexei Julio Estrada. Bogotá, 13 de marzo de 2013.
[29] T-614 del 15 de diciembre de 1992

contradicción, ya que restringe el carácter salarial de dicha bonificación a los efectos de servir de base de liquidación para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social y de Salud, lo que va en contravía de los parámetros fijados por la Ley 4ª de 1992.

En este sentido, conforme los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales citados, se puede concluir que la causa y finalidad de la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 382 de 2013 y sus decretos modificatorios, era nivelar la remuneración de los *servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación*, lo cual encontraba sustento en la Ley 4ª de 1992 conteniendo una naturaleza salarial intrínseca en tanto se percibe de forma habitual y periódica, como quedó indicado con anterioridad y además como retribución directa del servicio que prestan los servidores judiciales en comento.

III. ANÁLISIS PROBATORIO Y CASO CONCRETO

Con base en los criterios jurisprudenciales previamente expuestos, la normativa relacionada y de acuerdo con lo señalado en el artículo 164 del C.G del P., el cual indica que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado en el artículo 176 *ibidem*, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, este Despacho procederá analizar los elementos sometidos a su consideración en el caso *sub examine.*

En el presente asunto, se procura obtener la inaplicación por inconstitucional de la expresión «…*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*», contenida en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 4° Superior y en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordenará la inaplicación, con efectos inter partes, de las expresiones «*únicamente*» y «*para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*», contenidas en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, por ser manifiestamente incompatibles con la Constitución, especialmente con el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 48, 53, 55, y 56, así como con el bloque de constitucionalidad en lo referido a las disposiciones contenidas en el artículo 1º del Convenio 095 de 1949[30]

[30] Ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962

de la OIT y a la jurisprudencia constitucional que hace parte de dicho bloque. Lo anterior con el fin de que se tenga la bonificación judicial como factor salarial para la base de liquidación de todas las prestaciones sociales y cotización de aportes al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, a las que tiene derecho la deprecante.

Se tiene que en el *sub lite*, la demandante presta sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 5 de noviembre de 2002[31], y a la fecha de radicación de la reclamación administrativa y el presente medio de control, se encuentra aún vinculada laboralmente, conforme se indica en la constancia de servicios prestados expedida el 18 de enero el 2018 por la Subdirectora Regional Central de esa entidad, en un cargo que se encuentra dentro de los beneficiados con la bonificación judicial de acuerdo con lo estipulado por el Decreto 382 de 2013 y lo admitido por la misma entidad en la contestación de la demanda.

Adicionalmente, debe dejarse claro que la entidad en comento aceptó los hechos relativos a los cargos desempeñados por la parte actora en la Fiscalía General de la Nación, así como los extremos temporales que se encontraran debidamente soportados documentalmente y solicitó otorgarles valor probatorio a los documentos allegados con el escrito de la demanda que corresponden a los mismos antecedentes administrativos que reposan en esa entidad y, (fl. 34 de la carpeta 03 "TrámiteEscrito") y no aportó ninguno más, no obstante lo establecido en el artículo 175 numeral 4) y parágrafo 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El 29 de agosto de 2016[32], solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales. Transcurrieron más de tres (03) meses sin que el demandante hubiera sido notificado de decisión alguna que resolviera esa petición, configurándose, por lo tanto, el silencio administrativo negativo, de conformidad con el artículo 83[33] del CPACA.

[31] Fl. 10, carpeta 02 "Demanda" expediente digital.
[32] fls. 4-7, carpeta 01 "Demanda" expediente digital.
[33] **Artículo 83. Silencio negativo.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.
En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.
La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Ahora bien, del material probatorio y los argumentos planteados por ambos extremos de la contienda procesal, se observa que a la parte demandante no se le ha reconocido la Bonificación Judicial como factor salarial para la liquidación de todas sus prestaciones sociales, toda vez que solo se ha tenido en cuenta como base para la cotización al Sistema General de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, tal y como lo afirmó la entidad demandada en su escrito de contestación y alegatos.

En consecuencia, para el Despacho, acorde con lo probado en el proceso, y teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia, la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013 sí reviste carácter salarial y tiene incidencia prestacional, a partir de su reconocimiento y de forma sucesiva hacia el futuro, formando parte de la asignación mensual, ostentando entonces el carácter permanente de la remuneración, y generando por tanto, la obligación de reliquidar las prestaciones sociales con base en la totalidad del salario devengado.

IV. DE LA PRESCRIPCIÓN:

Dado que los efectos fiscales del Decreto 382 de 2013 corren a partir del 1º de enero de 2013, por disposición del artículo 5º *ibidem*, debe tenerse en cuenta, sin embargo, la fecha a partir de la cual se realizó la solicitud de reconocimiento y pago del factor salarial, a efectos de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[34] y 102 del Decreto 1848 de 1969[35], el cual establece como término de la prescripción un período de **3 años** contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, teniendo en cuenta que el reclamo escrito interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.

En consonancia con lo anterior, en el presente asunto, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial el **29 de agosto del año 2016** (fls. 6-9, carpeta 02 “Demanda” expediente digital). En consecuencia, se declararán como afectados por el fenómeno de prescripción, los emolumentos que se derivan de reconocerle carácter salarial, para todos los efectos prestacionales y referidos a la base de cotización al sistema pensional y de seguridad social en salud, a la

[34] «*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».
[35] ARTÍCULO 102**.-** Prescripción de acciones.
1. Las acciones que emanan 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.
2. 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.

bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, desde el **1º de enero de 2013 hasta el 28 de agosto de 2013**, por haberse presentado la prescripción trienal establecida en la normativa expuesta previamente.

Así las cosas, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de todas las prestaciones sociales que devengó la demandante a partir del **29 de agosto de 2016** a la fecha, y en lo sucesivo, en caso de seguir vinculada a la entidad demandada, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para cada año, en los términos del Decreto 382 de 2013 y que los cargos en que se hubiese desempeñado la demandante, y en que se siga desempeñando en caso de mantenerse vinculada a la entidad accionada, estén cobijados por la bonificación judicial del mencionado decreto.

En este orden de ideas, la entidad demandada deberá pagar a la parte demandante las diferencias que resulten entre las prestaciones liquidadas conforme se ordena en esta sentencia y las prestaciones efectivamente pagadas conforme las fechas citadas en precedencia, sumas que deberán ser indexadas por la demandada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que se causó el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes. Efectuará los descuentos por concepto de aportes para pensión y salud sobre los factores que se incluyan.

La sentencia será cumplida dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

V. COSTAS:

En virtud del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el numeral 8° del artículo 365 del Código General del

Proceso, el Despacho se abstendrá de imponer condena en costas, en el entendido que del material probatorio aportado al expediente no se evidenció su causación y comprobación.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: **AVOCAR** el conocimiento del presente asunto, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SEGUNDO: **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada sobre los dineros causados por concepto del reajuste de las prestaciones sociales del demandante con anterioridad al **29 de agosto de 2013**, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: **INAPLICAR**, con efectos *inter-partes*, por ser incompatibles con la Constitución Política, tal como se ha señalado en las consideraciones, las expresiones «*únicamente*» y «*para la* base *de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*», contenidas en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 y, en lo pertinente, los decretos que, al modificar o adicionar este último, la reproduzcan, con el fin de que se tenga la bonificación judicial como factor salarial, tanto para la base de liquidación de todas las prestaciones sociales como para la cotización de aportes al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, a las que tiene derecho la demandante.

QUINTO: DECLARAR la nulidad del acto ficto producto del silencio de la Fiscalía General de la Nación frente a la petición elevada por la demandante ante esa entidad el 29 de agosto de 2016, por medio del cual le negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, de conformidad con lo analizado en esta sentencia.

SEXTO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se ordena a la Nación – Fiscalía General de la Nación, reconocer, reliquidar y pagar retroactivamente todas las prestaciones sociales, teniendo en cuenta además las cesantías y los interés a las cesantías que devengó la señora María Concepción Fernández de Gómez, identificada con la cédula 36535262 de Santa Marta a partir del **29 de agosto de 2013** a la fecha, y en lo sucesivo, teniendo en cuenta la bonificación judicial del Decreto 382 de 2013, como factor salarial para cada año, en los términos de esta sentencia; siempre que los cargos en que se hubiese desempeñado la demandante, y en que se siga desempeñando en caso de mantenerse vinculada a la entidad accionada, estén cobijados por la bonificación judicial del mencionado decreto y descontando lo ya pagado sin la inclusión indicada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: ORDENAR que los valores a pagar sean actualizados de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A, tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: Condenar igualmente al pago de los intereses comerciales moratorios si se dan los supuestos de hecho y de derecho del artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 195 del CPACA.

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: Sin condena en costas.

DÉCIMO SEGUNDO: En firme esta sentencia, de mediar solicitud, por Secretaría, expídanse las copias que corresponda, de conformidad con lo señalado por el artículo 114 del Código General del Proceso; liquídense los gastos procesales; devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

DÉCIMO TERCERO: Notifíquese la providencia con el uso de las tecnologías de la información, a las cuentas de correo que aparecen registradas en el expediente,

conforme lo establece el inciso 2º del artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.

DÉCIMO CUARTO: ADVIÉRTASELE a las partes que deberán allegar todos los documentos que pretendan hacer valer dentro del caso bajo consideración, tales como poderes, recursos, entre otros, a la siguiente dirección de correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

De igual manera, deberán atender los parámetros previstos en el artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de la sanción allí prevista.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LILIIANA MEJÍA LÓPEZ
JUEZ

Firmado Por:
Sandra Liliana Mejía López
Juez
Juzgado Administrativo
003 Transitorio
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a1ae3000b4d9da5afc419212f410fd7c779e755a6d283e3fc60446ac5dfd66fc**
Documento generado en 08/03/2023 09:53:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica