

Rad N° 11001334204720180024100

Bogotá D.C, treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Despacho de Origen	Juzgado 47 Administrativo del circuito de Bogotá
Radicado	11001334204720180024100
Demandante	Adriana Milena Leyva Rodríguez favioflorezrodriguez@hotmail.com
Demandado	Nación - Fiscalía General de la Nación Jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
Asunto	Sentencia- Bonificación judicial

II.PRONUNCIAMIENTO

Corresponde en consecuencia al Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Bogotá, en uso de las facultades legales y constitucionales, emitir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la demanda instaurada por la señora Adriana Milena Leyva Rodríguez a través de apoderada judicial contra la Nación–Fiscalía General de la Nación, cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales, sin que se observen causales de nulidad.

III. ANTECEDENTES

3.1 Demanda

3.1.1 Hechos de la demanda planteados por la parte accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se resumen a continuación:

*"1. El señor (a), ADRIANA MILENA LEYVA RODRIGUEZ, es servidor público activo desde **6 de mayo de 2008**, en el cargo de **Asistente de Fiscal I**, en la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN - **Delegada Contra la Criminalidad Organizada**.*

2. Con fundamento en el Decreto 0382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, se creó la "bonificación judicial" para los funcionarios de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, la cual se reconocería a partir del primero (1) de enero de 2013, de forma mensual, siempre y cuando permanezcan en el servicio, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018; esta bonificación judicial, año tras año ha sido incrementada o ajustada, en el IPC, certificado por el DANE. La "bonificación Judicial", proyectada para dichos años tendrá un ajuste

Rad N° 11001334204720180024100

equivalente al Índice de Precios al Consumidor del dos (2%) respecto de la bonificación judicial asignada para el año inmediatamente anterior, sin embargo será ajustada a la diferencia que presente en los años mencionados, siempre y cuando sean diferente al dos (2%) del valor proyectado; lo cual ha ocurrido con la expedición de los Decretos 1270 de 2015, 247 de 2016 y 1015 de 2017.

3. En el año 2019, y en adelante el valor mensual de la "bonificación judicial", será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior, reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE-, según lo establece los citados decretos.

4. Mi representado, ha devengado una remuneración mensual por concepto de la llamada "bonificación Judicial", y un salario básico mensual percibido como contraprestación por los servicios prestados a la citada entidad, bonificación que no ha sido tenida en cuenta como factor salarial, para los efectos legales en lo atinente a la liquidación, reconocimiento y pago de sus primas y prestaciones causadas, y las que se causen en el futuro; tales como: las primas de servicio, primas de vacaciones, primas de navidad, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, primas de productividad, bonificaciones por servicios prestados, y las demás prestaciones sociales a que haya lugar.

5. En los citados Decretos se estableció que la bonificación judicial constituía únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

6. El Decreto 0382 de 2013, subrogado por el 0022 de 2014, excluyeron la "bonificación judicial" para efectos de liquidar y pagar las prestaciones sociales, prima de servicios, prima de productividad, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION; por tal razón, deberá incluirse en la nómina y reliquidarse teniendo en cuenta como base en la liquidación, la "bonificación judicial" a pagar mensualmente por servicios prestados, por ende, se deberá tenerse como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen, toda vez que únicamente tiene efectos para el Sistema General de Pensiones y Salud.

7. Mi representado percibe como contraprestación directa del servicio, y, a causa del vínculo laboral con la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, una "bonificación judicial", la cual fue creada mediante el Decreto 382 de 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, lo que contraviene normas de carácter legal, principios Constitucionales, tratados internacionales, que definen el concepto de salario, independiente de las exclusiones o denominaciones establecidas por el Gobierno Nacional.

8. La "bonificación judicial" creada mediante el Decreto 382 de 2013, subrogado por el 0022 de 2014, es una retribución habitual, permanente, periódica, y se paga como contraprestación directa del **servicio prestado** por mi representado a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION; empero, dicha "bonificación judicial" ingresa al patrimonio del funcionario, no es una mera liberalidad por parte del empleador, y

Rad N° 11001334204720180024100

tienen como causa inmediata el servicio prestado por el demandante a la Fiscalía; se reconoce precisamente como causa del vínculo legal y reglamentario entre las partes, aquí involucradas.

9. La Ley en forma expresa, clara y precisa ha definido que "**constituye salario**, siendo este, todas las sumas que habitual y periódicamente percibe el servidor público, (trabajador), como retribución por sus servicios". "es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empelado como retribución por sus servicios.

10. Lo anterior encuentra pleno sustento jurídico, por cuanto el legislador, al definir los elementos que integran el salario, incluyo no solo la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador - llámese servidor público -, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, y en tal caso se entiende que no deja de serlo, aun cuando se convenga de manera expresa que no constituye salario.

11. Debe entenderse para todos los efectos, que lo percibido por mi mandante como - servidor público - a título de "bonificación judicial", al retribuir de manera directa sus servicios, constituye salario, sin que las partes puedan desconocer su esencia, lo que deriva en la ineficacia, la inaplicabilidad o la nulidad de los actos administrativos que suscribió, el Gobierno Nacional al tenor de lo preceptuado por el Artículo 53 de la Constitución Política y de los tratados internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

12. De igual forma, una vez se acceda al reconocimiento de la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 de 2013, subrogado por el 0022 de 2014, como factor salarial y prestacional, esta deberá re liquidar la bonificación por servicio prestado teniendo en cuenta que esta constituye el treinta y cinco por ciento (35%) o más del sueldo básico de los servidores públicos de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, habida cuenta que este también es un pago habitual que ha recibido mi mandante.

13. Mediante la Ley 54 de 1962, se ratificó el convenio 95 de 1959, que establece la protección del salario con lo siguiente: "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 debe efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

14. Ahora bien, tales actos administrativos - Decreto 382 del 2013, subrogado por el decreto 022 de 2014, y siguientes - no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario, por tal motivo deberá tenerse en cuenta la "bonificación judicial" y demás conceptos como constitutivos del mismo, en consecuencia hacen parte del monto para liquidar las prestaciones sociales y demás conceptos derivados del misma.

15. La forma como fueron liquidadas las prestaciones sociales de mi mandante al no incluir la "bonificación judicial" y "bonificación por servicios prestados", vulnera el derecho **constitucional** a la **igualdad**, al tiempo que desconoce los principios de

Rad N° 11001334204720180024100

progresividad y favorabilidad contenidos en convenciones internacionales impuestos por la O.I.T, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y el protocolo de San Salvador ratificados por Colombia, disposiciones que integran el bloque de **constitucionalidad**, conforme lo señala el artículo 53 de la Constitución Nacional. Se vulneran, también disposiciones legales, como aquellas que se refieren al concepto de salario contenido en el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo y demás preceptos jurídicos que trata la materia.

16. De igual forma es importante mencionar que la entidad no consigno las cesantías por el valor real, al igual que los intereses a las cesantías, deduciendo del ingreso base de liquidación los conceptos de "bonificación judicial" y "bonificación por servicios prestados", lo que genera el pago de las indemnizaciones moratorias establecidas en la Ley.

17. Mediante derecho de petición, se requirió a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, para que se re liquidaran todos los factores salariales, teniéndole en cuenta la bonificación judicial.

18. Mediante el oficio **No. 20173100063231 del 06 de octubre de 2017, y la Resolución No. 2 0383 del 9 de febrero de 2018**, la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a través del **Jefe Departamento Administración de Personal**, negó la reliquidación de las prestaciones legales solicitadas, argumentando que la bonificación judicial no constituye factor salarial conforme con los decretos señalados.

Ahora bien, con respecto a la solicitud de inaplicabilidad del artículo 1º, del Decreto 0382 del 06 de Marzo de 2.013 y el artículo 1º, del Decreto 0022 del 09 de Enero de 2.014, es procedente para este caso en particular, como lo establece la sentencia C-197 de Abril 07 de 1.999 de la Corte Constitucional, con ponencia del Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell, **"...la norma inaplicable por ser contraria a la constitución en forma manifiesta no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas..."**.

3.1.2 Pretensiones de la demanda.

La parte demandante solicitó que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Declarar que el artículo 1º, del Decreto 0382 del 06 de Marzo de 2.013 y el artículo 1º, del Decreto 022 del 09 de Enero de 2.014, es inaplicable en lo que respecta a **"...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..."** para este caso concreto, por ser contrario a la constitución y la ley en forma manifiesta, lesionando los derechos laborales de la parte demandante.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, declarar la nulidad de los actos administrativos: i).- Oficio No. 20173100063231 del 06 de octubre de 2017,



Rad N° 11001334204720180024100

ii).- y de la Resolución No. 2 0383 del 9 de febrero de 2018, con los cuales la Fiscalía General de la Nación, le negó al funcionario demandante la inclusión de la bonificación judicial en la reliquidación de todas sus prestaciones sociales, solicitada en el derecho de petición.

TERCERA: Con base en la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN a pagarle al funcionario ADRIANA MILENA LEYVA RODRIGUEZ, la suma indexada que resulte de la reliquidación de todas las prestaciones sociales, teniendo en cuenta la "bonificación Judicial" señalada en el Decreto 0382 del 06 de Marzo de 2.013, subrogado por el Decreto 022 del 09 de Enero de 2.014, como factor salarial y prestacional desde el momento de la génesis de la citada norma, es decir, desde el 1 de enero de 2013, y hasta cuando la "bonificación judicial" sea reconocida, es decir hasta el año 2.018, con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, por tal motivo, deberá incluirse en nómina y re liquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la "bonificación judicial" a pagar mensualmente y la bonificación por servicios prestados, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.

CUARTA: Que una vez acceda al reconocimiento de la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 0382 del 6 de enero de 2013, subrogado por el 0022 de 2014, como factor salarial y prestacional; deberá re liquidarse la bonificación por servicios prestados, tomando en cuenta que esta constituyen el treinta y cinco por ciento (35%) del sueldo básico mensual, para de esta manera cumplir con el fin del precepto jurídico citado, cual es, la nivelación salarial, constituyéndose en un mismo factor salarial, es decir, en un solo valor en conjunto con asignación básica mensual.

QUINTA: Que se deberá seguir liquidando y pagando a mi mandante todas las prestaciones sociales que constitución y ley le corresponden tomando base la totalidad del salario o de la asignación mensual pagada, es decir, el cien por ciento (100%) de lo devengado, sin deducir o descontar dicha remuneración.

SEXTA: Que se pague la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales re liquidados y dejados de percibir.

SEPTIMA: Que deberá incluirse en nómina y seguir pagando la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 0382 del 2013, subrogado por el Decreto 0022 de 2014, como factor salarial y prestacional dejados de percibir por mi mandante en conjunto con la asignación básica, la cual tendrá efectos directos y consustanciales en prima de servicios, prima de productividad, sueldo de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los funcionarios de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.



Rad N° 11001334204720180024100

OCTAVA: *Pagar la indemnización moratoria por el no pago oportuno y en su totalidad de las cesantías e intereses a cesantías; esto es, no haber consignado la totalidad de las cesantías e intereses a las cesantías en el respectivo fondo.*

OCTAVA: *Que se debe ajusta dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustantivas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011 - Y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.*

NOVENA: *Que se paguen los intereses corrientes y de mora por las sumas de dinero no pagadas en tiempo, sobre la base de las reliquidaciones efectuadas en virtud de los factores salariales y demás prestaciones enlistadas anteriormente.*

DECIMA: *Condenar a la demandada a pagar por los gastos y costas de la presente demanda los cuales se calcularan en el momento procesal oportuno."*

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes:

Ley 54 de 1962.

Ley 16 de 1972.

Ley 319 de 1996.

Acuerdo del 6 de noviembre de 2012.

Decreto 1042 de 1978.

Decreto 1092 de 2012.

Indica la parte demandante que la ley en forma expresa y sintética define que "constituye salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios".

Que en el caso específico, la demandante recibe como contraprestación directa del servicio y a causa del vínculo laboral con el Estado la "bonificación judicial", lo que conforme a la norma de derecho administrativo y de acuerdo a los principios constitucionales, independiente de cómo lo haya denominado el Gobierno Nacional, se demuestra que, se retribuye de manea habitual, permanente, periódica y directa el servicio prestado como funcionario de la Fiscalía General de la Nación.

En su concepto de derecho, pone de presente el principio constitucional laboral de la primacía de la realidad que impone la prevalencia de esta sobre formalidades, interpretación que debe entenderse para todos los efectos.

4.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

4.1.1 Fiscalía General de la Nación

La parte accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Dentro de sus argumentos legales, sostiene que la disposición contenida en el Decreto 0382 de 2013 que determina la bonificación judicial, es totalmente legítima, legal y constitucional, en atención a que el legislador o el Gobierno Nacional pueden discrecionalmente especificar qué rubro constituye factor salarial con implicaciones en la base de liquidación de las prestaciones sociales o demás emolumentos salariales, facultad está que es avalada con el estudio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, que a su vez en varias ocasiones ha sido retomado por el Consejo de Estado, y por lo tanto no se puede predicar la inconstitucionalidad de dicha expresión.

Afirma la demandada que, no se puede declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que, la entidad se ciñó a los postulados del Decreto 382 de 2013 y no es posible otorgarle un alcance diferente a dicha norma, puesto que ello provocaría que se ordenara la disposición de recursos públicos adicionales a sufragar necesidades no proyectadas con anterioridad, desbordando el presupuesto destinado para solventar el emolumento adicional.

Concluye afirmando que, las disposiciones contenidas en el Decreto 382 de 2013, son producto de la facultad legal otorgada al Gobierno Nacional para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional entre otros de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual dicha disposición goza de plena validez y eficacia jurídica y se encuentra amparada por el principio de legalidad, por lo que no es viable darle otro alcance o interpretación.

Defendió la legalidad de las decisiones adoptadas, para lo cual, planteó las siguientes excepciones:

Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial.

Cumplimiento de un deber legal. Se indicó que la Fiscalía se encuentra obligada a dar estricta aplicación al Decreto 0382 de 2013, el cual goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente en nuestro ordenamiento.

Cobro de lo no debido. Argumenta brevemente, que la parte demandante reclama el pago de sumas de dinero que la Fiscalía no le adeuda. Por cuando dicha entidad dio aplicación a lo establecido en materia salarial y prestacional.

Prescripción de los derechos laborales. Sostiene que en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda, el despacho debe declarar

Rad N° 11001334204720180024100

prescritos algunos periodos de tiempo frente al derecho reclamado por la parte demandante.

Buena fe. Por cuanto la entidad siempre ha actuado de buena fe, teniendo en cuenta la normatividad y principios legales.

Finalmente, solicita, que el juez declare fallada cualquier excepción que estime probada dentro del proceso.

4.2 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de junio de 2018, a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto 10 de septiembre de 2018 (pdf digital N°02), notificaciones, a la entidad demandada al Procurador Judicial Administrativo delegado ante esta agencia judicial (pdf digital N°02) y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda. Vencido el término de traslado, la Fiscalía contestó en término el 4 de junio de 2019. Mediante auto del 27 de octubre de 2021, se dispuso prescindir de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA y se corrió traslado para alegar de conclusión. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva sentencia.

4.3 ALEGACIONES.

La parte demandante presenta alegatos de conclusión en los siguientes términos:

“Considero que deben declararse como no probadas las excepciones presentadas por la Fiscalía General de la Nación, y en su lugar, acogerse la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda, porque, hemos probado plenamente que la denominada bonificación judicial, cumple con los requisitos o elementos que integran el concepto de salario, y es que, la bonificación judicial, constituye un pago mensual, es decir, es habitual y periódico, de modo que puede concluirse que se cumple con las características de ser una remuneración fija, en dinero, establecida como contraprestación directa del servicio que presta el empleado público. Del reglamento legal se despenden dos elementos, atados a la bonificación judicial, determinantes para ratificar si dicho emolumento constituye o no salario; estos elementos son la periodicidad y su naturaleza.

La Constitución Nacional no señala reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, ni los elementos que lo integran, ni sus efectos en las liquidaciones de prestaciones sociales. Dichos aspectos corresponde a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de ciertos criterios justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, que necesariamente debe consultar los principios que aquella contiene, como son: la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre las formas. Todos, principios fundamentales.”

Rad N° 11001334204720180024100

La parte demandada, presentó los alegatos en los siguientes términos:

“En este orden se tiene que, la Bonificación Judicial busca la nivelación salarial y su causación es mensual, mientras el servidor permanezca en servicio, dicha circunstancia permite afirmar que el demandante, le han venido cancelando el salario y prestaciones que se desprenden de la relación legal y reglamentaria sostenida con la Entidad.

No corresponde a la Fiscalía General de la Nación cuestionar los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional en uso de sus facultades constitucionales y legales, menos aun cuando los mismos son fruto de negociaciones con los trabajadores.

Así es dable llegar a la conclusión, que la Fiscalía General de la Nación actuó en CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, al aplicar el Decreto 0382 de 2013 y demás normas concordantes el cual goza de plena presunción de legalidad y por ende es de obligatorio cumplimiento. Por consiguiente no podría ser otro el obrar de la entidad que realizar el pago conforme a lo estipulado en el Decreto 382 de 2013.”

4.4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto

V.- ACERVO PROBATORIO

1. Petición en sede administrativa radicada por el apoderado del demandante de fecha Bajo el radicado SGD -No 20176110955172 de fecha 20 de septiembre de 2017, ante la Fiscalía General de la Nación, visible a folio 35 del expediente, que se observa en el archivo digital N°1.

2. Oficio radicado No 20173100063231 de fecha 06 de octubre de 2017, proferido por la Jefe del Departamento de Administración de Personal (e) de la Fiscalía General de la Nación, visible a folio 27 del expediente, que se observa en el archivo digital No 1.

3. Recurso de apelación del 23 de octubre de 2017.

3. Resolución No. 20383 de fecha 09 de febrero de 2018, proferido por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, visible a folio 20 del expediente y notificado el 12 de febrero de 2018, que se observa en el archivo digital N°1.

4. Constancia de Servicios Prestados de fecha 13 de marzo de 2018, expedida por la Jefe del Departamento De Administración De Personal dela Fiscalía General de la Nación, visible a folio 40 del expediente, que se observa en el archivo digital N°1, en ella, se evidencia el cargo desempeñado por el demandante y sus extremos temporales. En el cual se verifica fecha de ingreso del 6 de junio de 2008.

VI. CONSIDERACIONES

6.1 Control de legalidad

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello, no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión.

6.2 Competencia

De acuerdo con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le corresponde a este Juzgado, conocer de este tipo de procesos.

Al respecto, tenemos que tal como se indicó en el inicio de esta providencia la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PCSJA21-11793 del 2 de junio de 2021, el Consejo Superior de la Judicatura creó con carácter transitorio un juzgado Administrativo en la Sección Segunda de los juzgados Administrativos de Bogotá- Distrito de Cundinamarca conformado por un juez, un Sustanciador y un Profesional Universitario Grado 16, el cual asumirá junto con los dos juzgados transitorios creados mediante Acuerdo PCSJA21-11738 de 2021, el conocimiento de los procesos que se le asignen por reparto del circuito administrativo de Bogotá, así como de los procesos en trámite generados en las reclamaciones salariales y prestacionales contra la Rama Judicial y entidades con régimen similar.

6.3 Problema jurídico

Deberá el Despacho resolver el siguiente problema jurídico, de cara a establecer si deben concederse las pretensiones de la demanda y, de ser así, con qué alcance:

El objeto del litigio es establecer si de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la parte demandante, tiene derecho a que la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, reconozca la bonificación judicial con carácter salarial, y como consecuencia de ello, proceda con el reconocimiento, reliquidación y cancelación de todas y cada una de las prestaciones sociales, bonificaciones y aportes a seguridad social teniendo como base la bonificación judicial como factor salarial.

El apoderado de entidad demandada alegó las excepciones de Legalidad del fundamento normativo, cumplimiento de un deber legal, cobro de lo no debido, buena fe; y aunque adujo que se trataba de excepciones, en estricto rigor procesal no son tales, pues no constituyen hechos nuevos con la aptitud de enervar las pretensiones de la demanda, sino razones de defensa que deben

Rad N° 11001334204720180024100

ser examinadas por el Despacho al momento de abordar el estudio de fondo de la demanda, como en efecto lo hará.

También deberá determinar el Despacho si hay lugar o no a declarar probada la excepción de prescripción.

6.4 tesis del despacho

Para el Despacho hay lugar a conceder las pretensiones solicitadas en la demanda, en consideración a que, con la expedición de los actos administrativos acusados, la parte demandada desconoce los principios y garantías constitucionales así como el efecto útil de la norma con el fin para el cual fue concebida. De igual manera, porque es evidente que olvida el precedente jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mediante el cual, da prevalencia plena a las normas constitucionales, que definen el concepto de salario y las implicaciones de este, por lo que en virtud de ello, hay lugar al reconocimiento de la Bonificación Judicial como factor salarial para el reconocimiento de sus prestaciones.

Para llegar a dicha conclusión, se abordará: i) marco normativo de la Bonificación Judicial, ii) definición del concepto de salario y iii) caso concreto.

Así pues, la anterior tesis se soporta en los argumentos que se expondrán a continuación.

6.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

i) Marco normativo de la bonificación judicial. Régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la fiscalía general de la nación.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 150 estableció 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.

En desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa a cargo del Congreso de la República se expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional, de la Fuerza Pública.

Al respecto el artículo 1° de dicha norma dispuso:

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

Rad N° 11001334204720180024100

a) *Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

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; (...)*"

De igual manera, en el párrafo del artículo 14 ibídem estipuló que, dentro del mismo término, el Gobierno revisaría el sistema de remuneración de funcionarios y empleados antes enunciados en la norma, sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

Frente a ello, observamos que en la Sentencia C-279 de 1996, la Corte declaró exequible los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, respecto de la frase "sin carácter salarial" relativa a la prima especial en ellos consagrada. Al respecto, señaló:

"Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter."

Ahora bien, 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. Así, el Decreto 52 de 1993 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.

Por su parte, el Decreto 53 de 1993, consagró el régimen salarial y prestacional para quienes se vincularán a la entidad con posterioridad a su entrada en vigencia.

Con posterioridad a ello y luego de negociaciones entre el Gobierno Nacional y los representantes de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación en relación con el proceso de nivelación salarial, se expidió el Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, por el presidente de la República y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, por medio del cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, en los siguientes términos:

¹ "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"

Rad N° 11001334204720180024100

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

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

Por su parte el artículo 2 ibídem en relación con los servidores no acogidos al nuevo régimen dispuso:

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

Por su parte, el Decreto 022 de 2014, por el cual se modifica el Decreto 382 de 2013, en sus artículos primero y segundo dispone:

“ARTÍCULO 1°. *Modificar el Decreto 0382 de 2013, mediante el cual se creó para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2014, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla: (...)

ARTÍCULO 2°. *Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2014 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.”*

Rad N° 11001334204720180024100

Así pues, de la normatividad antes citada, es evidente que pese que la concepción de dicho decreto fue la nivelación salarial para los empleados de la Fiscalía General de la Nación, con base en los postulados de la Ley 4ª de 1992, la bonificación judicial creada en favor de dichos servidores, únicamente constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, es decir, la voluntad del Gobierno Nacional fue la de excluir como factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones sociales percibidas por los servidores de esta entidad estatal.

Ahora bien, conforme con las normas antes vistas, al interior de la Fiscalía General de la Nación coexisten dos regímenes salariales y prestacionales que regulan la situación laboral de sus trabajadores así: el primero, aplicable a los trabajadores vinculados a la Fiscalía antes del primero de enero de 1993 y que no optaron por acogerse al nuevo régimen contenido en el decreto 53 del mismo año; conservan el régimen salarial y prestacional del que gozaban antes; y el segundo, amparado por el decreto 53 de 1993, el cual se aplica de manera obligatoria para quienes se vincularon a la Fiscalía General de la Nación a partir del primero de enero de 1993, o para quienes habiendo ingresado antes de dicha fecha decidieran acogerse a este último, siendo a estos últimos a los que desde el año 2013, se encuentran percibiendo la citada bonificación judicial.

ii) Definición jurisprudencial de Salario.

Ahora bien, precisado lo anterior, y teniendo en cuenta el asunto objeto de debate, es pertinente efectuar un análisis sobre el concepto de salario y para tales efectos tenemos que de acuerdo con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado 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.

Que el H Consejo de Estado, en su jurisprudencia ha sido enfático en precisar que el salario es una noción que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, en efecto ha indicado²:

“De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario no solo 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.

² Sentencia del Consejo de Estado del diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01867-01 [21519] Actor: CARVAJAL EDUCACION S.A.S. ANTES BICO INTERNACIONAL S.A. Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Rad N° 11001334204720180024100

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que deben distinguirse los pagos propiamente salariales de otras remuneraciones o beneficios que se dan con ocasión del contrato de trabajo, como las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los descansos remunerados. Es decir, la naturaleza de los pagos no está dada por su origen (contrato de trabajo), sino por su finalidad.

De acuerdo con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no constituyen salario: 1. Las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones. 2. Los beneficios o auxilios extralegales, habituales u ocasionales acordados de manera convencional o contractual, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario."

Por su parte, en Sentencia del 28 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Moreno García, exp. 2004-0374, sostuvo:

"...para el empleado público, todo pago de NATURALEZA salarial, es decir, retributivo, habitual y que constituye parte del ingreso personal, debe considerarse salario para todos los efectos laborales (...)."

Así pues, teniendo en cuenta que la bonificación judicial reconocida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación a través del Decreto 382 de 2013, se realizó con la finalidad de propiciar la nivelación salarial para los empleados de la Fiscalía General de la Nación, a juicio de este Despacho, tiene una naturaleza salarial intrínseca, debido a que, se percibe de manera habitual y periódica, y además de ello, como consecuencia directa del servicio personal prestado a la entidad pública.

Por lo anterior, su limitación de factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social, es abiertamente inconstitucional, pues desconoce principios laborales previstos en el artículo 53 de la Constitución Política. No obstante ello, la norma jurídica antes descrita se encuentra vigente y amparada por la presunción de legalidad. Sin embargo, la pretensión de los demandantes busca que se inaplique por inconstitucional el mentado Decreto.

6.6 De la excepción de inconstitucionalidad.

La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4º de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce

Rad N° 11001334204720180024100

del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes³.

Por su parte, el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), al referirse a la figura del control por vía de excepción, dispone:

“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 interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. (...)”.

Ahora bien, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, en dicho sentido el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de julio de 2002, radicado 1996-7762-01 (7212) Consejera Ponente, Dra Olga Inés Navarrete Barrera⁴, sostuvo:

“Pero esta excepción de inconstitucionalidad debe reunir ciertos requisitos para su procedencia, uno de los cuales es la palmaria y flagrante oposición entre los textos constitucionales y la norma cuya inaplicación se pretende. (resalta la Sección) Es pertinente aludir a la sentencia C-600 de 1998, en la cual la Corte Constitucional precisó el alcance de esta figura:

“La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.

Por el contrario, en el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad que en principio debería aplicar aquélla es la contraria: no darle aplicación.

Al respecto, esta Corte ha señalado:

“El artículo 4° de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 66001-23-31-000-2007-00070-01 Actor: FAMILY COFFEE S.A. Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Rad N° 11001334204720180024100

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 4° 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.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma - para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4° C.N.)" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 del 15 de diciembre de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo). (Subrayado fuera de texto).

La Sala Plena de la Corporación, al fijar el alcance del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que declaró exequible, supeditando la exequibilidad al acatamiento del artículo 4 de la Constitución, manifestó:

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

Rad N° 11001334204720180024100

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello. Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.).

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara). (Subrayado fuera de texto)". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

A partir de lo citado, se puede concluir que hay lugar a hacer uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, cuando se advierta que la aplicación de dicha norma implica consecuencias que contrarían el ordenamiento constitucional.

Que aterrizando a la norma estudiada, se observa que en el Decreto 382 de 2013, se dispuso que la "bonificación judicial", comporta un pago mensual, habitual y periódico, de modo que, cumple las características de ser una remuneración fija, en dinero y establecida como contraprestación directa del servicio.

Así pues, tal como se había descrito en párrafos anteriores, la restricción prevista en el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, va en contravía de las previsiones normativas de la Ley 4ª de 1992 y del artículo 17 de la Ley 334 de 1996, pero además vulnera directamente el artículo 53 de la Constitución Política, pues



Rad N° 11001334204720180024100

desconoce los principios contenidos en él, así como desconoce los postulados de la norma que desarrolla, en virtud de la cual se dispuso la nivelación salarial.

De conformidad con lo expuesto, considera este Despacho que es pertinente inaplicar por inconstitucional la expresión “(...) *constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social y al Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)*” contenida en el artículo 1 del Decreto 382 de 2013 para que, como consecuencia de ello, se tenga la bonificación judicial que percibe la parte demandante, como factor salarial para todos los efectos salariales y prestacionales.

6.7 CASO EN CONCRETO.

6.7.1 Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

Que la parte demandante agotó la vía administrativa por medio de solicitud del 20 de septiembre 2017, solicitando reliquidación de prestaciones sociales con inclusión de la bonificación judicial como factor salarial.

Que la petición fue contestada de forma negativa, por medio de los siguientes actos administrativos: i) Oficio radicado No 20173100063231 de fecha 06 de octubre de 2017, proferido por la Jefe del Departamento de Administración de Personal (e) de la Fiscalía General de la Nación y ii) Resolución No. 20383 de fecha 09 de febrero de 2018, proferido por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación.

Que se vinculó a la Fiscalía General de la Nación y registra como último ingreso el 6 de junio de 2008.

Está demostrado que la parte demandante ha percibido la bonificación judicial conforme reposa en el certificado aportado de fecha 13 de marzo de 2018.

6.7.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso, para realizar el análisis de fondo se tendrán en cuenta las pretensiones y hechos efectuados en el libelo introductorio y en este sentido, la parte accionante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la entidad demandada, por medio de los cuales se niega la solicitud reliquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial.

Encontramos que, efectivamente la parte demandada contesta la demanda indicando que, la entidad hasta la fecha le ha pagado al servidor, los salarios y las prestaciones que se desprenden de la relación legal y reglamentaria sostenida con la entidad, por lo que su pretensión de que se le reconozca la

Rad N° 11001334204720180024100

naturaleza salarial a la bonificación judicial, carece de todo fundamento jurídico.

Así también, observamos que en el acto administrativo demandado, se sostuvo que la entidad carece de toda facultad para determinar, establecer y/o modificar el régimen salarial dispuesto por las autoridades competentes.

Que en el acto que resuelve la apelación, se indicó por parte de la entidad demandada que, es suficientemente claro que, ni aún bajo los principios de progresividad, favorabilidad, primacía de la realidad sobre las formas e irrenunciabilidad a los principios mínimos, invocados por el recurrente, puede la administración desconocer la presunción de legalidad que ampara el Decreto 0382 de 2013.

Por otra parte, se verifica del acervo probatorio que la parte demandante, se vinculó a la Fiscalía General de la Nación, encontrándose como en el año 2008. Así pues, debido a que la vinculación de la parte demandante, conforme con lo expuesto en la certificación antes referenciada, se dio con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 053 de 1993, con lo cual se puede indicar a prima facie que se encuentra acogido automáticamente al régimen salarial y prestacional allí establecido. También lo es que, se observa de las pruebas aportadas al plenario que viene siendo beneficiario de la Bonificación Judicial establecida en el Decreto 382 de 2013 y la entidad no objetó dicha certificación y no argumentó cuestión diferente en la contestación.

Así mismo, tenemos que conforme con los argumentos de las partes y a la negativa de la parte demandada, se evidencia que a la parte demandante no se le ha reconocido la Bonificación Judicial como factor salarial para la liquidación de 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.

En este sentido para el Despacho, acorde con lo probado en el proceso, y teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, 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, haciendo 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. Por lo tanto, el acto acusado es contrario a la Constitución Política, al artículo 127 del CST y el convenio 095 de la OIT entre otras normas.

Aunado a lo expuesto, se debe recordar que, si bien el decreto nace como consecuencia de un acuerdo entre los sindicatos y el Gobierno, lo cierto es que la referida norma no podía ir en contravía de la Constitución y del ordenamiento jurídico, por tanto, se reitera que el Decreto 382 de 2013 lo que

Rad N° 11001334204720180024100

hace es finalmente, nivelar los salarios de este grupo de trabajadores acorde con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

Al respecto y en relación con el tema tratado, tenemos que el Consejo de Estado⁴ ha considerado que el Gobierno Nacional no puede desconocer o desnaturalizar los elementos axiológicos de la ley que reglamenta, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, porque excedería las competencias asignadas por la Constitución, así:

"(...) La potestad reglamentaria como lo ha sostenido esta Corporación no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esta potestad: cuando así se procede, es claro que se configura una violación al ordenamiento constitucional, precisamente en la norma que reconoce la competencia (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política), además de la Ley que es objeto de regulación, ya que no le es posible al Gobierno Nacional, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene si la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero no tendría efectividad. Como lo ha sostenido la jurisprudencia la función que cumple el gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. Reglamentar una ley implica dictar normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación tal como precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, alcanzando el grado de generalidad o especificidad que determine el Presidente, según el contenido de la ley reglamentada en ejercicio de la potestad reglamentaria que le reconoce (...)"

Conforme a lo anterior, tenemos que el Honorable Consejo de Estado⁵, en un caso parecido, 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 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 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.

(...) 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.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP, Alfonso Vargas Rincón, Providencia del 21 de octubre de 2010, radicado 11001-03-25-000-2005-00125-00 (5242-05)

⁵ 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

Rad N° 11001334204720180024100

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 2o. **una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.**

(...) 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."

Así pues, tal como se había descrito en párrafos anteriores, la restricción prevista en el artículo 1 del Decreto 382 de 2013, va en contravía de las previsiones normativas de la Ley 4ª de 1992 y además la Constitución Política, pues desconoce los principios contenidos en él, así como desconoce los postulados de la norma que desarrolla, en virtud de la cual se dispuso la nivelación salarial.

En esa medida y teniendo en cuenta que a la fecha no existe pronunciamiento del Consejo de Estado respecto del Decreto 382 de 2013, se considera pertinente en el presente caso la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Conforme a lo cual, se dará aplicación a dicha figura prevista en el artículo 4º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por ende, se inaplicará la frase "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 1º del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013 y sus decretos reglamentarios, por hallarse en abierta contradicción y vulnerar los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Superior al desmejorar las condiciones laborales de la parte demandante protegidas por el ordenamiento superior y los convenios y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Tal como se estudió en apartes anteriores de esta sentencia.

Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos acusados y, en consecuencia se ordenará a título de restablecimiento del derecho a la **Nación –Fiscalía General de la nación**, a reconocer a favor de la señora Adriana Milena Leyva Rodríguez, la reliquidación de todas las prestaciones sociales, salariales y laborales devengadas por el demandante, con inclusión de la bonificación judicial creada a través del Decreto 382 de 2013 como factor salarial, desde el día 20 de septiembre de 2014, en adelante, por el tiempo en que efectivamente haya laborado en la Fiscalía General de la Nación en los cargos enlistados en el Decreto citado, y hasta la terminación de su vínculo laboral.

En virtud de todo lo expuesto, el Despacho accede a las pretensiones de la demanda, por cuanto los planteamientos, argumentos y material probatorio allegado, nos muestran que efectivamente se incurrieron en irregularidad que invalidan el acto administrativo acusado.



Rad N° 11001334204720180024100

De igual manera, es pertinente indicar que la nulidad respecto de la Resolución No. 20383 de fecha 09 de febrero de 2018, proferido por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, se hará de forma parcial, sólo en lo que se refiere a la negativa del reconocimiento y pago de la bonificación judicial con carácter salarial a la señora Adriana Milena Leyva Rodríguez.

6.8. De la prescripción.

El derecho a la Bonificación Judicial se hizo efectivo el 1° de enero de 2013, por disposición del artículo 5° del Decreto 0382 de 2013, sin embargo, debe atenderse 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 y 102 del Decreto 1848 de 1969, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

En el expediente resulta probado que la parte demandante acudió a solicitar el reconocimiento y pago de la "Bonificación Judicial", ante la entidad accionada el día 20 de septiembre de 2017

Así, tenemos que el día 20 de septiembre 2017, mediante petición en donde solicitaba reconocer como salario para todos los efectos legales, la bonificación judicial y como consecuencia de ello, se procediera con la reliquidación de todas las prestaciones salariales por ella percibidas.

En consecuencia, el fenómeno prescriptivo tiene validez a partir del día 20 de septiembre 2014, fecha desde la cual se le concederá el derecho a la parte actora.

Las sumas de dinero reconocidas serán ajustadas, desde la fecha que se hicieron exigibles, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Índice inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 195 del C.P.A.C.A

En consecuencia, se declarará la prosperidad parcial de esta excepción.

Rad N° 11001334204720180024100

6.9 COSTAS.

Sobre este punto, tenemos que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Al efecto, este Despacho considera que no es procedente condenar en costas a la parte demandada, por cuanto no se encuentra demostrado los presupuestos para que se acceda a ella.

VII.LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

PRIMERO: INAPLICAR, para el caso concreto, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política la frase *“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 primero del Decreto 382 de 2013 y sus decretos reglamentarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio radicado No 20173100063231 de fecha 06 de octubre de 2017, proferido por la Jefe del Departamento de Administración de Personal (e) de la Fiscalía General de la Nación y la ii) Resolución No. 20383 de fecha 09 de febrero de 2018, proferido por la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, esta última, en forma parcial, sólo en lo que se refiere a la negativa del reconocimiento y pago de la bonificación judicial con carácter salarial a la señora Adriana Milena Leyva Rodríguez.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **Nación – Fiscalía General de la Nación**, a reconocer a favor de la señora Adriana Milena Leyva Rodríguez, la reliquidación de todas las prestaciones sociales, salariales y laborales devengadas por el demandante, con inclusión de la bonificación judicial creada a través del Decreto 382 de 2013 como factor salarial, desde el día 20 de septiembre de 2014, en adelante, por el tiempo en que efectivamente haya laborado en la Fiscalía General de la Nación en los cargos enlistados en el Decreto citado, y hasta la terminación de su vínculo laboral.



Rad N° 11001334204720180024100

El ente demandado efectuará los descuentos por concepto de aportes para pensión y salud sobre los factores que se incluyan al demandante al momento de realizar la reliquidación y pago, aquí ordenada.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción planteadas en el escrito de contestación de demanda, de las diferencias en el derecho que le asisten al demandante frente a los periodos anteriores al día 20 de septiembre 2014 hacia atrás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. Por consiguiente, las sumas causadas con anterioridad al día 20 de septiembre 2014, se encuentran prescritas. Y denegar las demás excepciones presentadas.

QUINTO: Condenar a la Nación- Fiscalía General de la Nación a pagar a la parte demandante las diferencias resultantes entre las prestaciones sociales, salariales y laborales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada.

SEXTO: Condenar a la Nación- Fiscalía General de la Nación actualizar el valor de los dineros adeudados en términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la fórmula matemática de indexación utilizada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

SÉPTIMO: Condenar a la Nación- Fiscalía General de la Nación a pagar a la parte demandante los intereses moratorios contemplados en el artículo 192 del CPACA, que se causen a partir de la ejecutoria de esta sentencia hasta la fecha en que produzca el pago de la condena.

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Sin condena en costas.

DÉCIMO: Dar cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

DÉCIMO PRIMERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría se expidan las copias previstas en el artículo 114 del CG del P, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JOSE TOMAS ARRIETA ACOSTA

Juez