



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 110013342-052-2018-00201-00  
**Demandante:** GLORINFE MORALES OSPINA  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES  
DEL MAGISTERIO  
**Vinculado:** FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho -  
Sentencia de primera instancia – SANCIÓN  
MORATORIA

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Glorinfe Morales Ospina en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora GLORINFE MORALES OSPINA, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se tenga como configurado el acto ficto negativo en consideración a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se pronunció respecto de la petición elevada el 20 de octubre de 2017.

Se declare la nulidad del acto presunto resultante del silencio administrativo negativo por medio del cual la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la solicitud elevada el 20 de octubre de 2017, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

Reconocer pagar a favor de la parte actora la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

;

Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo judicial en los términos del artículo 192 del CPACA.

Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor sobre las sumas de dinero adeudadas con aplicación de los porcentajes del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, tiempo a partir del cual se reconozcan además intereses de mora.

Condenar en costas a la entidad demandada en los términos del artículo 188 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones señala que (Fls.17-18):

La accionante en ejercicio del derecho de petición radicó el 16 de abril de 2015, ante la entidad demandada solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías.

Mediante la Resolución No. 3852 del 10 de agosto de 2015, se reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la actora.

Las cesantías fueron canceladas al sujeto activo el 16 de diciembre de 2015, por intermedio de entidad bancaria.

Desde la fecha que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta la fecha en que se efectuó el pago de las mismas transcurrieron 149 días de mora.

El 16 de abril de 2015, en ejercicio del derecho de petición la señora GLORINFE MORALES OSPINA, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías ante la entidad accionada, sin que hasta la fecha se haya dado respuesta.

**2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas cita los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Señaló la apoderada del sujeto activo que la accionante tiene la calidad de nacional o nacionalizado, y que la prestación fue reconocida con posterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989, razón por la cual, la sanción moratoria deprecada está a cargo de la entidad demandada.

Adujo que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006, han sido desconocidos por la entidad demandada, teniendo en cuenta que las cesantías fueron canceladas con posterioridad a los 65 días, contados a partir del día en que solicitó el pago de las mismas, generándose la sanción moratoria que reclama.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

**3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora, guardaron silencio dentro del término de traslado de la demanda.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** En la audiencia inicial llevada a cabo el 27 de noviembre de 2018 (fls.70 a 72), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la partes demandante y demandada presentaron sus alegatos, como quedó registrado en la grabación (fl.73).

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 27 de noviembre de 2018 (Fls. 70 a 72), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Se configuró el silencio administrativo respecto de la petición elevada por la parte actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 20 de octubre de 2017?
- ¿Le asiste derecho a la parte actora a que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 3852 del 10 de agosto de 2015, en los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006?

**2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:** Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

2.1. Copia de la Resolución No. 3852 de 10 de agosto de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la actora (Fls.5 a 7).

2.2. Copia simple del recibo de pago de las cesantías, expedido por la entidad bancaria BBVA (fl.8).

2.3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Secretaría de Educación de Bogotá con destino al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 20 de octubre de 2017, mediante el cual el sujeto activo solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (Fls.3 a 4).

2.4. Constancia de la conciliación extrajudicial fallida, expedida por la Procuraduría 139 Judicial II para asuntos administrativos (fl.9).

## **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

### **DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA**

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia en primer lugar a la norma que consagra el silencio de la administración y los eventos en que se configura el mismo, en segundo lugar, a la normatividad que establece la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y en tercer lugar, si hay lugar al reconocimiento de la sanción referida con la inclusión de los porcentajes del IPC como indexación.

#### **- DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

Teniendo en cuenta que la petición elevada por la actora ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene fecha de radicación del 20 de octubre de 2017, es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual empezó a regir desde el 2 de julio de 2012.

En ese sentido, el silencio administrativo se configuró en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 83 consagró:

*“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.”*

En virtud de lo anterior, se estableció que el silencio administrativo negativo se configura pasados 3 meses sin que la entidad ante quien se radicó la petición, notifique la respuesta al interesado.

El Consejo de Estado<sup>1</sup>, respecto al silencio administrativo indicó:

*“(...) El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.  
(...)”.*

En conclusión, se establece que el silencio administrativo ya sea en peticiones o recursos, nace a la vida jurídica, siempre y cuando se haya radicado petición o se haya interpuesto el recurso pertinente, ante la autoridad competente para pronunciarse y que la misma no haya proferido decisión en el término antes señalado para cada uno, agotándose de esta manera la reclamación administrativa para acceder ante la Jurisdicción.

#### - DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 **“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”**, respecto al pago de las cesantías, consagró:

*“Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:  
(...)”*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 13001-23-31-000-2007-00251-01(19553). Demandante: INVERSIONES M. SUAREZ & CIA. S. EN C. – EN LIQUIDACION, DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, Sentencia de 30 de abril de 2014.

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Ahora, con el fin de dar trámite al reconocimiento y pago de las cesantías que se encuentran a cargo del Fondo, el Presidente de la República en uso de las facultades legales y constitucionales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 91 de 1989, expidió el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, que señaló:

**“ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.**

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de

***Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.***

4. ***Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.***
5. ***Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)*** (Negrillas fuera del texto).

De lo anterior se colige, que la parte interesada debe solicitar el reconocimiento de las cesantías ante la Secretaría de Educación territorial a la que se encuentre vinculado, fecha a partir de la cual, contados 15 días de la misma remite el proyecto de resolución de reconocimiento a la Fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que sea aprobada, para que posteriormente la Secretaría suscriba el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, el cual será remitido a la Fiduciaria con su respectiva constancia de ejecutoria, quien debe efectuar el pago.

Así las cosas, se advierte que la norma no reguló la sanción moratoria en caso de que se configure el pago tardío de las cesantías, no obstante, la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995<sup>2</sup>, estableció lo siguiente:

***“ARTÍCULO 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.***

***PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.***

***Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.***

---

<sup>2</sup> Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial No. 42.171, de 29 de diciembre de 1995.

**ARTÍCULO 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.**

**PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”**

La citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijaron los términos para su cancelación, de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 4º. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.**

**PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.**

**Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.**

**ARTÍCULO 5º. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.**

**PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”**

De lo anterior, se colige que la Secretaría de Educación cuenta con el término de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de reconocimiento de las cesantías

para expedir el respectivo acto administrativo, y la entidad pagadora de 45 días hábiles, contados a partir de que cobre firmeza, para efectuar el respectivo pago.

Valga traer a colación, que el precedente normativo no contempla excepción alguna respecto de la aplicación de la sanción moratoria, razón por la cual, se entiende que es extensiva a todos los servidores públicos, entre ellos se encuentran los docentes, tal como lo precisó la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU 337 de 2017, en la cual concluyó:

*“De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución<sup>3</sup> los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos<sup>4</sup> y la Ley General de Educación<sup>5</sup>, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.” (Subrayas fuera de texto)*

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado mediante la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, proferida el 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno:4961-2015, en la cual concluyó que:

*“81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales<sup>6</sup>, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. 82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido*

<sup>3</sup> Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 2°.

<sup>4</sup> Ley 60 de 1993, artículo 6°, inciso 6°, derogada por la Ley 715 de 2001.

<sup>5</sup> Ley 115 de 1994, artículo 105, párrafo 2°.

<sup>6</sup> Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

Dicho cómputo fue reiterado en el pronunciamiento de unificación antes mencionado (del 18 de julio de 2018), en el cual además se analizaron otros eventos, como cuando se cuenta con acto administrativo dentro del término legal de 15 días y cuando se formulan recursos en contra de la decisión, todo lo cual extractó en los siguientes términos:

“115. Todo lo explicado, respecto de las normas previstas en el CPACA se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>8</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En ese sentido, como quiera que nos encontramos en un caso de solicitud de cesantías con respuesta expedida de manera extemporánea, se deben contar 15 días hábiles a partir de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, más 10 días

<sup>7</sup> «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>8</sup> Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

hábiles que corresponden en la actualidad a la ejecutoria de la resolución, más 45 días hábiles contados a partir del día en que cobró firmeza el acto administrativo, para un total de 70 días, a partir de los cuales se causa la sanción moratoria.

**- DE LA INDEXACIÓN DE LOS VALORES RESULTANTES DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS.**

La actualización monetaria o indexación, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro y acorde con el valor actual del dinero en un periodo determinado.<sup>9</sup>

Por su parte, la sanción moratoria o la mora, es la situación sobreviniente por el incumplimiento del deudor, esto es, que en virtud de una obligación preexistente, como es el caso del pago de las cesantías dentro de los términos señalados por el ordenamiento jurídico, se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir por el retraso injustificado no imputable a él, dado a la pérdida del valor del dinero adeudado.

El Consejo de Estado ha manifestado que *"en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa."*<sup>10</sup>

En tratándose del tema bajo estudio, esto es, la sanción moratoria, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de noviembre de 2016, expresó:

*"No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, (...) debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, ( por lo cual ) no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria,*

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala civil, Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>10</sup> En esos términos se expresó el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 3 de septiembre del 2009, y la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto rendido el 9 de agosto de 2012, bajo el Radicado: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106).

*además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.”<sup>11</sup>*

En ese orden de ideas, por tener dentro de sí la sanción moratoria la corrección y/o actualización monetaria, no es dable condenar a las entidades obligadas a la cancelación simultánea de esa sanción, a su vez con el reajuste del IPC, ya que se estaría generando un doble pago sobre el deber de la administración de desembolsar las sumas de dinero adeudadas con ocasión al incumplimiento del pago de las cesantías dentro del término legal.

Tal postura fue reafirmada y adicionada por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, en la que además hizo alusión a la diferencia que se presenta frente a la naturaleza de las obligaciones que sí deben ser objeto de actualización por tratarse de prestaciones sociales o laborales y las que nos son susceptibles de aquella, como en el presente asunto, por constituir un penalidad o sanción. Al respecto indicó:

*“185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.”*

## **CASO CONCRETO.**

Entra el Despacho a resolver los interrogantes formulados en el problema jurídico, para ello se dispondrá a determinar si hay lugar a declarar la existencia del silencio administrativo negativo por la no contestación del escrito de petición radicado el 20 de octubre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y si la accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, dentro del radicado 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014).

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO**

Conforme se expuso en precedencia, el silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la Ley contempla que ante la falta de decisión de la administración se de origen a un acto ficto que dependiendo de la solicitud tendrá el carácter de positivo o negativo, lo anterior en aras de evitar que la administración deje indefinidamente un asunto sin resolver, además que la configuración del acto presunto le permite al interesado acceder a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Se encuentra demostrado que la señora GLORINFE MORALES OSPINA, radicó petición ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 20 de octubre de 2017 (fl.3), en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías sin que hasta la fecha dicho sujeto procesal haya proferido respuesta, lo que permite concluir que en el asunto se configuró el silencio administrativo negativo que dio origen al acto ficto reclamado, según lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará la existencia del acto ficto negativo consolidado por el silencio de la administración respecto de la petición radicada ante FONPREMAG el 20 de octubre de 2017.

## **SANCIÓN MORATORIA**

En el asunto de la referencia la señora GLORINFE MORALES OSPINA, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad del acto ficto resultante de la petición elevada el 20 de octubre de 2017, mediante el cual solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

De las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que: (i) la actora elevó petición el 16 de abril de 2015 solicitando el reconocimiento y pago de las cesantías parciales<sup>12</sup>; (ii) la Secretaría de Educación de Bogotá, actuando en nombre y

---

<sup>12</sup> Como se observa en las consideraciones de la resolución que obra a folio 5 del plenario.

representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la actora a través de la Resolución No. 3852 del 10 de agosto de 2015 (Fls.5 a 7); y (iii) el 02 de diciembre de 2015, la Fiduciaria La Previsora como administradora de los recursos del Fondo, efectuó el pago a favor de la señora GLORINFE MÓRALES OSPINA, a través de entidad bancaria (Fl.8).

En ese sentido, se advierte que desde la solicitud de reconocimiento de las cesantías hasta la fecha en que se profirió el acto administrativo, transcurrieron más de 3 meses, superándose el término de 15 días establecido en la Ley 1071 de 2006, para proferir la Resolución de reconocimiento.

Así las cosas, el Despacho procede a contabilizar los términos para establecer si hay lugar a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, a partir del 16 de abril de 2015, teniendo en cuenta los términos establecidos por la Ley 1071 de 2006 y el CPACA, en atención que el escrito de petición fue radicado en vigencia de dicha normativa, de la siguiente manera:

TÉRMINO	FECHA
15 DÍAS	8 de mayo de 2015
10 DÍAS	25 de mayo de 2015
45 DÍAS	31 de julio de 2015

Del anterior computo de términos, se establece que la entidad demandada tenía hasta el 31 de julio de 2015, para efectuar el pago de las cesantías solicitadas por la parte actora, razón por la cual, se configura la sanción moratoria, pues las mismas se cancelaron el 02 de diciembre de 2015, como se advierte en el recibo de pago expedido por entidad bancaria (Fl.8).

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto acusado, se declarará la nulidad del mismo consolidado el día 20 de enero de 2018, en virtud de la omisión de respuesta del Fondo demandado, frente a la petición radicada el 20 de octubre de 2017, a través del cual de manera presunta, se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a La Nación –Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A., reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día hábil de retardo, en el período comprendido entre el 1º de agosto de 2015 y el 02 de diciembre de 2015, teniendo como valor de salario la asignación básica diaria devengada por ella para el momento en que se causó la mora, toda vez que así lo dispuso el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*“143. Por consiguiente, la Sala reitera que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria será la que devengue el servidor al momento en que presente la solicitud del retiro parcial, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.”<sup>13</sup>*

Ahora, el Juzgado procede a observar de oficio la **prescripción** del asunto, para lo cual se tiene que las normas aplicables, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En ese sentido, está demostrado con las documentales obrantes en el expediente que la parte actora elevó solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el 20 de octubre de 2017, no obstante, el derecho se hizo exigible a partir del 1º de agosto de 2015 y la demanda se radicó el 25 de mayo de 2018, sin que se supere el término de 3 años de prescripción, razón por la cual, no hay lugar a declarar su prosperidad.

Ahora bien, de otro lado, conforme a lo señalado por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en su reciente pronunciamiento, al cual se hizo referencia en el marco jurídico y jurisprudencial, este Despacho no ordenará el pago de la indexación sobre la sanción moratoria, en consideración a que de una parte, ello constituiría un doble pago a cargo de la entidad demandada, dado que la misma

---

<sup>13</sup> Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, proferida el 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015

sanción lleva consigo la corrección monetaria, aunado al hecho, de que tal indexación no es exigible en virtud del carácter punitivo y no prestacional, que ostenta la aludida sanción.

En ese orden de ideas, demostrado el derecho que le asiste a la parte actora a que le sean reconocidos los valores resultantes de la sanción moratoria, se anota, que la entidad sólo se encuentra obligada a cancelar dichas sumas de dinero, conforme a la liquidación de los días hábiles en que efectivamente incurrió en mora, sin que a estos se les tenga que aplicar el reajuste monetario del IPC.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que las entidades demandadas en el curso del proceso hayan actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

### FALLA

**PRIMERO:** Declarar la existencia y posterior nulidad del acto ficto negativo consolidado el día 20 de enero de 2018, ante la omisión de respuesta del Fondo demandado frente a la petición radicada el 20 de octubre de 2017, a través del cual de manera presunta se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales de la accionante.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A., a reconocer y pagar a favor de la señora DLORINFE MORALES OSPINA, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.618.932, la sanción

moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido **entre el 1º de agosto de 2015 y el 02 de diciembre de 2015**, teniendo como valor de salario la asignación básica diaria devengada por la actora para el momento en que se causó la mora.

**TERCERO:** Sin lugar a condena en costas.

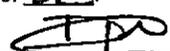
**CUARTO:** Dese cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**QUINTO:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídase copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a las Entidades Accionadas. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA**  
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-
Hoy catorce (14) de diciembre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>92</u> .
 DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

**Proceso:** 11001-33-42-052-2018-00203-00  
**Demandante:** CRISTIAM ANTONIO GARCÍA MOLANO  
**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
**Asunto:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Reconocimiento bonificación judicial como factor salarial.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Cristiam Antonio García Molano a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA.** En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el señor Cristiam Antonio García Molano, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se:

- Inaplique parcialmente el Decreto 382 de 2013 en el artículo 1º específicamente en lo atinente a la parte que expresa que la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por resultar contrario a la Constitución, al parágrafo 14 de la Ley 4ª de 1992 y al Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declarar la nulidad del Oficio No. 20173100048751 del 3 de agosto de 2017 y de la Resolución No. 2 3649 del 18 de diciembre de 2017, a través de los cuales la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación a:

- Reconocer y pagar la bonificación judicial con carácter salarial y prestacional por todas las primas y prestaciones devengadas, esto es: prima de navidad,

prima semestral, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios, cesantías e intereses a las cesantías.

- Condenar al sujeto pasivo a pagar indexadamente los valores adeudados junto con los intereses y costas según los términos de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fls.36 a 37):

El accionante ingresó a prestar sus servicios a la demandada a partir del 30 de junio de 1994 y actualmente desempeña el cargo de profesional de Gestión II en la Dirección de Asuntos Jurídicos.

El Gobierno Nacional a través del Decreto 382 de 2013, creó una bonificación judicial a favor de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que se pagaría mensualmente y sólo sería factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde el 1° de enero de 2013 hasta el 2018, de ahí adelante el aumento de esa bonificación se llevara a cabo conforme a IPC.

Desde la creación de la bonificación judicial, el accionante la viene percibiendo ininterrumpidamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sujeto activo en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante la accionada el 14 de julio de 2017, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial percibida como factor salarial.

La anterior petición fue negada por la demandada mediante el Oficio No. 20173100048751 del 3 de agosto de 2017. Inconforme con ello, el actor interpuso recurso de apelación.

El recurso apelación se resolvió negativamente por la accionada a través de la Resolución No. 2-3649 del 18 de diciembre de 2017.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS.** Como normas vulneradas cita los artículos 2, 6, 11, 16, 23, 24, 44, 47, 49, 58, 83, 90 y 230 de la Constitución Política; Ley 1437 de 2011, Ley 153 de 1887, Ley 1564 de 2011, Ley 446 de 1998, Ley 489 de 1998, Ley 23 de 1981, Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009.

Afirmó el mandatario de la parte actora que de conformidad con las normas citadas y los principios de progresividad y no regresividad laboral la bonificación judicial por percibirse habitual y periódicamente y cuyo fin es nivelar los salarios de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, tiene el carácter de salario motivo por el cual debe tenerse en cuenta para liquidar las demás primas y prestaciones sociales.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.60 a 87).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones bajo dos argumentos a saber: (i) la creación de la bonificación judicial con carácter salarial exclusivamente para salud y pensión es un acuerdo al cual llegaron libremente los representantes de los empleados de la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional, acuerdo que se encuentra protegido por los convenios de la OIT que invitan a que los servidores públicos en uso de los derechos de asociación puedan participar en la fijación de las condiciones de empleo y; (ii) existe libertad de configuración del legislador de crear una bonificación que si bien retribuye el servicio de una persona no significa que de contera tenga el carácter intangible de salario para todos sus efectos ya que eso sería otorgar un carácter de inamovilidad al salario.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *“Constitucionalidad de la Restricción del Carácter Salarial”, “Aplicación del mandato de Sostenibilidad Fiscal en el Decreto 382 de 2013”, “Legalidad del Fundamento Normativo Particular”, “Cumplimiento de un deber legal”, “Cobro de lo no debido”, “Buena Fe” y “Genérica”.*

**DECISIÓN DE EXCEPCIONES:** Respecto a la excepciones antes referidas encuentra el Despacho que tales consideraciones no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada que serán examinados junto con el fondo del asunto, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de estas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir sentencia que resuelva la presente controversia.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.** En la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de noviembre de 2018 (fl.108), se corrió traslado a las partes para que alegaran de

conclusión, la parte actora intervino del minuto 11 y 10 segundos hasta el minuto 19 y 9 segundos y la entidad accionada desde el minuto 20 y 13 segundos hasta el minuto 25 y 10 segundo de la grabación.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

## **I. CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En audiencia inicial llevada a cabo el 21 de noviembre de 2018 (fls. 108 a 110), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora que se inaplique el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 y en consecuencia se reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de todas las prestaciones sociales y salariales?

### **ACERVO PROBATORIO.**

Obran los siguientes documentos dentro del proceso:

1. Copia del escrito radicado por el accionante en ejercicio del derecho de petición el 14 de julio de 2017 ante la demandada en la cual solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y no sólo para salud y pensión (fls.2 a 3).
2. Oficio No. 20173100048751 del 3 de agosto de 2017 proferido por la accionada en el cual negó la anterior petición (fls.4 a 13).
3. Recurso de apelación radicado por el demandante en contra del Oficio 20173100048751 del 3 de agosto de 2017 (fls.14 a 15).

4. Resolución No. 2 3649 del 18 de diciembre de 2017 expedido por la Nación – Fiscalía General de la Nación en el cual negó el recurso de apelación radicado por el actor (fls.18 a 21).
5. Constancia de tiempo de servicios prestados por el demandante expedido por el sujeto pasivo (fls.23 a 24).
6. Hoja de vida del actor (fls.25 a 26).
7. Certificado de aportes efectuados por la demandada a Compensar por los servicios de salud del actor (fls.27 a 28).
8. Certificado de los salarios devengados por el demandante desde el 1º de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2017 (fls.29 a 33).

### **MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL**

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia a la naturaleza y características de la bonificación judicial que se reconocen a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y analizar la concepción de salario con base en pronunciamientos judiciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

#### **Bonificación judicial**

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación.

El Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, estableció el régimen salarial y prestacional de los empleados de esa entidad, dentro del cual señaló que las personas que se encontraban bajo el régimen de la rama judicial podían optar por permanecer en ese régimen o de acogerse al consagrado en esa disposición.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 53 de 1993 mediante el cual estableció el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación para el personal que se vinculará a partir de su vigencia o para las personas que libremente decidieran acogerse a ese régimen.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013, en el cual creó una bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se rigieran por lo establecido en el Decreto 53 de 1993 a partir del 1º de enero de 2013, con base en la escala de valores consagrada en el artículo 1º para cada cargo.

El párrafo del artículo 1º del referido Decreto respecto a la forma de reajuste de la bonificación judicial consagró:

*“PARAGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.*

*A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.*

*En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.”*

Conforme la norma transcrita, la forma de reajuste de la bonificación judicial para el periodo comprendido entre el año 2013 y 2018 se hizo con base en un IPC proyectado del 2%, dejando la posibilidad que si el aumento inflacionario superaba ese indicador el Gobierno tenía que reajustar el valor; y para el 2019, el reajuste de esa bonificación se llevará a cabo con base en IPC certificado en el año anterior, al igual que la forma de aumento que se efectúa a las asignaciones básicas.

El artículo 2º del Decreto 382 de 2013 señaló que los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993, percibirán un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial creada, respecto de quienes ejercen 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.

La bonificación judicial creada en el Decreto 382 de 2013 se consagro únicamente como factor salarial para el pago de las cotizaciones al Sistema General de Salud y de Pensiones.

### **Concepto de salario.**

El Código Sustantivo del Trabajo desde los artículos 127 a 132 regula todo lo relacionado con aquellos pagos que realiza el empleador que debe entenderse como salario y aquellos que no. Así, por salario se tiene que es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue.

Los viáticos serán salario cuando son habituales y su destino es para cancelar gastos de manutención y alojamiento, no tendrá esa naturaleza jurídica cuando son ocasionales y se pagan con el fin de cubrir gastos de transporte. El auxilio de transporte se agrega al salario para el pago de prestaciones sociales pero se excluye para la base de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social.

El Convenio 095 de la Organización Internacional del Trabajo "sobre la protección al trabajo" teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos según la cual toda persona que trabaja merece una remuneración equitativa y satisfactoria define salario en el artículo 1º como:

*"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."*

El artículo 128 del CST consagra los pagos que no constituyen salarios de la siguiente manera:

*"No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u*

*otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."*

Conforme la norma transcrita, no es salario: (i) los pagos que efectúa ocasionalmente o por mera liberalidad el empleador; (ii) aquellos que se efectúan con el fin que el trabajador pueda cumplir a cabalidad sus funciones por lo cual el dinero o especie recibida no aumenta o enriquece su patrimonio y; (iii) los pagos que se realizan de forma habitual pero que mediante acuerdos de desalarización empleado y trabajador acordaron que no tendría la connotación de salario para la liquidación de las prestaciones sociales.

Ahora con base en lo expuesto, si bien los intervinientes de una relación laboral tienen la posibilidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho de asociación de acordar el reconocimiento y pago de emolumentos que no se tendrán en cuenta como factor salarial para la cancelación de prestaciones sociales, esos acuerdos no pueden estar en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tales como primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad del salario y la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 mediante el cual declaró exequible el artículo 138 del CST, señaló sobre los acuerdos de desalarización lo siguiente:

*"La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, **en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.**" (Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, no hay que olvidar que en el sector público esos acuerdos que pueden llegar los servidores públicos con las entidades del orden nacional deben ser plasmados a través de un Decreto expedido por la el Gobierno bajo los parámetros que ha fijado el legislador para establecer el régimen salarial y prestacional de ellos, en todo caso el ejecutivo y el congreso al momento de plasmar esos emolumentos que no tienen el carácter de salario deberán tener en cuenta los principios mínimos

fundamentales del trabajador consagrados en el artículo 53 de la Constitución. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia citada señaló:

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

Posteriormente, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-1029 de 2012 ratificó el criterio expuesto en la providencia citada, al consagrar:

*“La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. **El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder.** (...) En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:*

*2) Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.*

*3) El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.*

*4) La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.*

*5) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral.” (Negritas fuera de texto).*

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral también se ha manifestado sobre los límites que existen sobre los acuerdos de desalarización de un emolumento. Así en la sentencia del 28 de julio de 2009, M.P. Eduardo López Villegas, dentro del radicado No. 35579, señaló que si bien el acuerdo de no salario es válido entre las partes que

intervienen en una relación laboral, este no puede efectuarse sobre aquellas *“compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos”*.

En sentencia del 25 de enero de 2011, radicación No. 37037 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia arguyó:

*“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; **tales acuerdos 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.** Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:*

*“De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por 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.*

*“Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que **corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”.** (Subrayas en la sentencia)”*

Posteriormente, en sentencia del 1º de febrero de 2011, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Gustavo José Genecco Mendoza, radicación No 35771, al decidir que los gastos de representación que le habían sido pagados a un jugador de fútbol del Once Caldas F.C. correspondían realmente a salario por retribuir el servicio, expuso:

*“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, **las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.***

*Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.” (Negrillas fuera de texto).*

Por su parte, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la definición de salario del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ha señalado que todo emolumento que se percibe como retribución directa del servicio de forma habitual y periódica es salario sin importar la denominación que se le dé.

Así, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia del 3 de agosto de 2016, radicado No. 25000-23-37-000-2012-00091-01, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que:

*“Desde la perspectiva del artículo 127 del CST, el salario mensual corresponde a todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que adopte (primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, trabajo en días de descanso obligatorio o porcentajes sobre ventas y comisiones), incluyendo los salarios pagados en moneda extranjera.”*

Igualmente, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19 de enero de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dentro del radicado No. 54001-23-33-000-2012-00180-01, expuso:

*“La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral, comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.*

*En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1º) prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».*

*Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe como concepto de factor salarial «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones **En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.**” (Negrillas fuera de texto).*

Conforme a todo lo expuesto, el Juzgado concluye que:

- I. El concepto de salario de conformidad con lo consagrado en el artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT es toda remuneración o ganancia fija o

variable que se percibe en dinero o especie de manera habitual y periódica como contraprestación del servicio.

- II. De conformidad con el artículo 128 del CST empleador y trabajador en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho de asociación pueden pactar el pago de emolumentos que no tengan el carácter de salario.
- III. Los servidores públicos pueden participar con las entidades en la formulación de políticas de salario y de condiciones de empleo, en caso que se pacte una mejora salarial la misma debe plasmarse en un acto administrativo general que deberá sujetarse a las reglas previstas por el legislador, en este caso de la Ley 4ª de 1992.
- IV. En ambos eventos, los pactos de desalarización a la cual lleguen las partes deben respetar los principios mínimos de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como irrenunciabilidad al salario, prevalencia de la realidad sobre las formalidades y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. De esa manera, si se demuestra que un pacto no salarial se percibe de forma periódica, ininterrumpida, que retribuye el servicio y enriquece el patrimonio del trabajador la misma será ineficaz y se tendrá como salario para todos los efectos.

### **CASO CONCRETO.**

Advierte el Despacho que de conformidad con la hoja de servicios y los desprendibles de pago visibles a folios 25 a 33, se colige que el accionante es beneficiario del régimen salarial y prestacional del Decreto 53 de 1993 y por lo tanto a partir del 1º de enero de 2013 se le ha venido pagando la bonificación judicial mes a mes sin tenerla en cuenta como factor salarial para el pago de prestaciones sociales.

La parte actora solicita el reconocimiento y pago de esa bonificación judicial como factor salarial para el pago de las prestaciones sociales por considerar que la misma integra el concepto de salario.

La entidad accionada dentro de la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión resaltó que la creación de la bonificación judicial como factor salarial únicamente para cotizar al sistema general de pensiones y salud obedeció a un

acuerdo de voluntades que llegaron las partes (miembros de la Fiscalía General de la Nación y el Estado) de otorgarle esa naturaleza, tal acuerdo se elevó a Decreto teniendo en cuenta la competencia que sobre el particular se ha establecido en la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Al respecto, advierte el Despacho que como se indicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el concepto de salario según los términos del artículo 127 del CST y el Convenio 95 de la OIT, es todo pago ordinario fijo, variable o en especie con el cual se retribuye habitual y periódicamente la prestación del servicio sin importar la denominación que se le otorgue, frente al caso del asunto, el artículo 127 referido, establece como ejemplo de salario taxativamente las "bonificaciones habituales".

Con base en el artículo 128 del CST y el ejercicio del derecho de asociación y respeto a la autonomía de la voluntad los trabajadores junto a su empleador pueden acordar el pago de sumas sin carácter salarial y que no se tendrán en cuenta para liquidación de prestaciones sociales.

En tratándose de los servidores públicos se ha establecido que ellos pueden en ejercicio del derecho de asociación participar en la formulación de sus condiciones de empleo y eventualmente en cuestiones salariales, no obstante, dada a la especial relación de sujeción que existe y la regulación del régimen salarial y prestacional de carácter compartido entre el legislador y ejecutivo por disposición constitucional, todo logro que se alcance deberá verse reflejado en un acto administrativo que respete las directrices de la Ley marco expedida por el Congreso.

Así, respecto a la bonificación judicial de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 382 de 2013 en ejercicio de las facultades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, ello en cumplimiento de uno de los acuerdos a los que arribaron el grupo sindical y el Estado, quienes en ejercicio del derecho de asociación y autonomía de voluntad pactaron que ese emolumento se reconociera y pagara sin carácter salarial, esto es, en otras palabras, decidieron conjuntamente desalarizar la bonificación judicial.

En líneas anteriores, se resaltó que la desalarización es permitida con base en el artículo 128 del CST siempre y cuando ese acuerdo sea respetuoso de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, esto es, prevalencia de la realidad sobre las formalidades,

irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo so pena que el acuerdo sea ineficaz y el emolumento se tenga en cuenta como salario para todos los efectos.

En el asunto, respecto a la situación concreta y particular del demandante, el Juzgado encuentra que las partes al momento de realizar la negociación y el Ejecutivo al expedir el Decreto 382 de 2013 creando la bonificación judicial sin efectos salariales para la liquidación de las prestaciones sociales actuó en contravía de los referidos principios fundamentales consagrados en la Constitución Política por las siguientes razones:

- La bonificación judicial que percibe el demandante desde el 1º de enero de 2013 ha sido un emolumento que se ha pagado de manera periódica e ininterrumpida tal como se observa de los desprendibles de nómina visibles a folios 29 a 33 del expediente.
- La bonificación judicial se ha venido cancelado como retribución directa del servicio que presta el actor, toda vez que se percibe mes vencido y en ocasión al periodo trabajado, aunado al hecho que la misma tiene como fin aumentar e enriquecer el patrimonio del sujeto activo.
- La bonificación judicial no tiene como fin el pago de gastos o de funcionamiento del servicio.
- La bonificación judicial la reconoce y paga la entidad accionada en cumplimiento de la nivelación salarial establecida en La ley 4ª de 1992, es decir, que ello no nace de un acto ocasional o de mera liberalidad de la administración para con el accionante, sino que con base en esa nivelación salarial y la presión que sobre el particular ejerció el grupo representativo de trabajadores en la mesa de negociación dio origen al reconocimiento y pago de ese emolumento.

En ese orden de ideas, en aplicación de los precedentes judiciales expuestos en el marco jurídico y jurisprudencial, la entidad accionada no se encontraba facultada para encubrir un pago que constituía salario en aplicación de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, irrenunciabilidad del salario y remuneración mínima y vital proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, por lo que el Despacho en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la

Constitución Política 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 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013 y en su lugar ordenará tener en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos.

El anterior reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial será efectivo a partir del 14 de julio de 2014 en adelante por cuanto se encuentra configurada la prescripción trienal consagrada en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, dado que desde la causación del derecho a percibir esa bonificación judicial (1° de enero de 2013) y la interposición del escrito de petición (14 de julio de 2017) trascurrieron más de tres años.

En consecuencia de lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. 20173100048751 del 3 de agosto de 2017 y de la Resolución No. 2-3649 del 18 de diciembre de 2017 proferidos por la entidad accionada en los cuales negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte

demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del sub-examine.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO:** Inaplicar por Inconstitucional 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 1° del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO:** Declarar la nulidad del Oficio No. 20173100048751 del 3 de agosto de 2017 y de la Resolución No. 2-3649 del 18 de diciembre de 2017.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos a partir del 14 de julio de 2014 al señor Cristiam Antonio García Molano identificado con cédula de ciudadanía No. 80.400.188 de Chía.

**CUARTO:** Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{R.H. \text{ INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde (R) equivale al valor presente y se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de pagar desde cuando surgió la obligación, multiplicado por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial de precios que certifique también el DANE.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

**QUINTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO:** Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

**OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

S.A

  
ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA  
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-
Hoy 14 de diciembre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>92</u> .
 DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario