

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



**JUZGADO SEGUNDO (2°) ADMINISTRATIVO TRANSITORIO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

EXPEDIENTE	11001-33-35-028-2018-00393-00
DEMANDANTE	MAYIBE GUZMÁN PULIDO
DEMANDADO	NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO PREVIO

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

Por otra parte, a través del Acuerdo PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022¹, se dispuso, entre otras cosas, la creación de tres (3) juzgados administrativos transitorios en el Circuito de Bogotá cuya competencia comprende las reclamaciones salariales y prestacionales promovidas por servidores públicos de la Rama Judicial y con régimen similar.

En consecuencia, por medio del oficio CSJBTO22-817 del 24 de febrero de 2022 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá se estableció que al Juzgado Segundo (2°) Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá le

¹ «Por el cual se crean unos cargos con carácter transitorio para tribunales y juzgados a nivel nacional».

correspondía asumir el conocimiento de los procesos originarios de los Juzgados Administrativos 19 a 30 del Circuito de Bogotá. En igual sentido, y mediante circular CSJBTC22-29 del 27 de abril de 2022, emitida por el mismo órgano mencionado en este párrafo, se dispuso que este despacho asumiera también el conocimiento de los procesos provenientes de los Juzgados Administrativos 1º, 2º, 34, 35 y 58 del mismo Circuito.

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

ANTECEDENTES

Pretensiones:

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito² radicado el 27 de agosto de 2018, la parte actora demandó:

1. Inaplicar por inconstitucionales, en virtud el artículo 4º de la Constitución Política, las expresiones: «... **y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en salud**» del artículo 1º del Decreto N.º 382 de 2013, y los que lo modifiquen, deroguen o adicionen. (Negrilla y cursiva fuera del texto original).
2. Que se declare la nulidad del **oficio Radicado No. 20173100070891 de 17 de noviembre de 2017** suscrito por la jefe de Departamento de Administración de Personal, mediante el cual dio respuesta negativa a la petición elevada por la deprecante y a través del cual se solicitaba el reconocimiento de la bonificación como factor salarial y la correspondiente reliquidación de todas las prestaciones sociales a partir del 1º de enero de 2013 (fs. 4 - 9 cuaderno ppal.).
3. Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 2 – 0846 de 21 de marzo de 2018**, expedida por la Subdirectora de Talento Humano, la cual resolvió el recurso de apelación presentado, confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado (fs. 13 - 15).
4. A título de restablecimiento del Derecho solicita que se ordene a la entidad

² Fs. 18 - 28

demandada reconocer que la bonificación judicial percibida por la demandante es constitutiva de factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales devengadas y las que se causen a futuro y en consecuencia, se le pague el producto de la reliquidación de todas sus prestaciones sociales debidamente indexadas, a partir del 1° de enero de 2013 hasta que se haga efectivo el reconocimiento y pago. Lo anterior, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 CPACA.

5. Condena en costas y agencias en derecho de conformidad con el artículo 188 CPACA

Situación fáctica:

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

1. La demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, desde el 29 de enero de 2013 hasta el 11 de junio de 2018, desempeñando diferentes cargos, entre los que se cuentan: AUXILIAR II, AUXILIAR ADMINISTRATIVO III, entre otros, siendo su última ubicación la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana en Bogotá de acuerdo con la constancia de servicios prestados del 20 de diciembre de 2018 expedida por el jefe Departamento de Administración de Personal (fs. 35 - 38).
2. Mediante petición del **29 de septiembre de 2017**, la deprecante solicitó el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales que se generen con el reconocimiento como factor salarial, para todos los efectos legales de la Bonificación Judicial contenida en el Decreto 382 de 2013 y los que lo modifiquen, deroguen o adicionen a partir del 1° de enero de 2013 (fs. 2 – 3 del cuaderno ppal).
3. Por medio del **oficio Radicado No. 20173100070891 de 17 de noviembre de 2017** suscrito por la jefe de Departamento de Administración de Personal, la entidad demandada negó la petición incoada.
4. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación, mediante escrito³ radicado el 24 de noviembre de 2017; el cual fue resuelto de forma adversa a la demandante por medio de la **Resolución No. 2 – 0846 de 21 de**

³ F. 11 – 12 del cuaderno principal.

marzo de 2018 confirmando en todas sus partes el acto administrativo impugnado.

5. Mediante apoderado la deprecante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 12 de julio de 2018 y la audiencia se celebró el 6 de agosto de 2018 declarándose fallida por ausencia de ánimo conciliatorio (f. 37)

DISPOSICIONES PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁴

La parte actora señala como causales de nulidad del acto acusado, la infracción de normas superiores basadas en el principio de legalidad, en tal sentido indica que, los actos administrativos acusados transgreden principios fundamentales, consagrados en la Constitución Política, a saber, entre otros: Artículos 1, 2, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; así mismo la Ley 4ª de 1992; Decreto 57 de 1993; Decreto 110 de 1993; Decreto 106 de 1994; Decreto 43 de 1995; Decreto 874 de 2012 y las demás normas referentes a la liquidación de factores salariales y prestacionales de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

La entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que la Fiscalía General de la Nación ha liquidado y pagado la asignación salarial y prestacional de sus servidores, conforme la normatividad que ha regido la materia en cada vigencia fiscal, es decir, en cumplimiento de un deber legal. Indicó que, en virtud de la Constitución Política de 1991 y la Ley 4ª de 1992 la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, por lo que no le es dable a la entidad realizar, de forma unilateral y autónoma, variación alguna. De igual manera, luego de hacer un análisis normativo y jurisprudencial, concluyó que, la bonificación judicial solo es considerada factor salarial, en desarrollo del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, únicamente para efectos cotización a los sistemas de salud y pensión por expreso mandato legal.

Finalmente propuso como excepciones: *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; Falta de agotamiento de la vía gubernativa;*

⁴ F. 20 - 26

⁵ Fs. 60 - 72

Improcedencia de la sanción moratoria por falta de consignación y/o pago del auxilio de cesantías por reliquidación posterior; Prescripción de los derechos laborales; Buena fe y la denominada genérica.

Vencido el término para el efecto la parte demandante no se pronunció sobre las excepciones.

TRÁMITE PROCESAL

El medio de control fue radicado el 27 de agosto de 2018 y por reparto le correspondió el conocimiento del proceso al Juez 28 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, quien inadmitió la demanda por medio de proveído del 11 de febrero de 2019 (fs. 40 - 41). El Juez de conocimiento manifestó impedimento colectivo por medio de auto del 8 de abril de 2019 (fs. 46 – 49), el cual fue declarado fundado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de providencia del 15 de julio de 2019⁶ y en el mismo se ordenó designar Juez *Ad hoc* y mas adelante, con ocasión de su creación, se remitió a los Juzgados Administrativos Transitorios.

Mediante auto del 16 de diciembre de 2019 se admitió la demanda, surtida la etapa de contestación de la demanda, por medio de providencia del 29 de marzo de 2022 (fs. 115 – 117), en virtud de artículo 42 de la ley 2080 de 2021, reformatorio de la ley 1437 de 2011, y por medio de la cual se dictan otras disposiciones en materia de descongestión y se adiciona el artículo 182 A, se ordenó dar continuación al trámite del proceso, teniendo que el asunto es de puro derecho y no había pruebas que decretar, se prescindió de la audiencia inicial, se decretaron como pruebas⁷ los documentos que obran en el expediente, se fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** se pronunció mediante escrito enviado a través de correo electrónico del 1° de abril de 2022 reiterando los argumentos de la demanda y reiterando el carácter salarial de la bonificación deprecada (fs. 122 – 123).

La **parte demandada** no se pronunció.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

⁶ Fs.4 – 7 del cuaderno de impedimentos

⁷ Fs. 2 – 9, 13 - 15

CONSIDERACIONES

Competencia:

Conforme a la preceptiva contenida en el artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, en armonía con el Acuerdo PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022, el cual le atribuye competencia a este despacho transitorio para conocer las reclamaciones salariales y prestacionales promovidas por servidores públicos de la Rama Judicial y con régimen similar.

Problema jurídico:

Se contrae a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento, reliquidación y pago de sus prestaciones sociales con la inclusión de la bonificación judicial, creada por medio del Decreto 382 de 2013, como factor salarial desde el 1° de enero de 2013 en adelante.

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

Marco Jurídico:

En relación con la bonificación judicial creada en el decreto 382 de 2013 y demás normas concordantes:

El artículo 150 de la Constitución Política de 1991 estableció, entre otros, que el Congreso de la República es la autoridad competente para hacer las leyes con contenido general y abstracto, en las que señala los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como ocurre en asuntos relativos a la definición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y la Fuerza Pública. Por su parte, el artículo 253 de la Carta Magna, señala que la ley habrá de definir lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, el ingreso al empleo mediante el sistema de carrera administrativa, el retiro del servicio, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la remuneración, prestaciones sociales y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la entidad.

En virtud de lo anterior, y en desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa a cargo del Congreso de la República se expidió la Ley 4ª de 1992 por

medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional, de la Fuerza Pública, de modo que, el artículo 1º de la Ley señalada con anterioridad, dispuso que el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos en ella planteados, debía fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico; los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República; entre otros.

Más adelante, el párrafo del artículo 14, estipuló que, dentro del mismo término, el Gobierno revisaría el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y regímenes similares sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo **criterios de equidad**. Tenemos entonces que, en virtud de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, a través de los Decretos 51, 52 y 53 de 1993. De esta manera, el Decreto 52 de 1993 *«Por el cual se fija la escala de remuneración para los empleos de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto Nacional de Medicina Legal y de Ciencias Forenses y se dictan otras disposiciones en materia salarial»*, estableció que sus disposiciones se aplicarían a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que no optaran por el régimen especial establecido en desarrollo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y para los funcionarios y empleados del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En cuanto, al Decreto 53 de 1993 *«Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones»*, consagró el régimen salarial y prestacional para quienes se vincularan a la entidad con posterioridad a su entrada en vigencia.

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

Corolario de lo anterior, los criterios enunciados en el párrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 evidencian que el Presidente de la República al eliminar el carácter salarial de la bonificación judicial contemplada en el artículo 1º de los Decretos N° 382 N° 383 y N° 384 de 2013, excede su potestad reglamentaria, por imponer una

limitación sin que previamente el legislador lo hubiese establecido de manera directa y expresa, o por lo menos le hubiese otorgado dicha facultad de una manera inequívoca, en este punto se impone resaltar lo expuesto por el Tribunal de Cundinamarca en un caso similar al objeto del presente asunto, en sentencia⁸ del 16 de marzo de 2020:

«[...] si bien el Congreso de la República, tiene libertad de configuración legislativa en este tema, quedando claro que esa competencia no puede ser arbitraria y absolutamente discrecional para hacer la referida definición de lo que constituye o no salario, el Gobierno Nacional, al solo tener competencia constitucional para reglamentar la norma legal, no podía tampoco extralimitarse en esa función, como lo hizo, quitándole el carácter salarial a lo que materialmente lo es, actuando arbitrariamente, pasando por alto los límites establecidos por el derecho internacional que Colombia está obligado a aplicar y respetar de conformidad con el artículo 9° de la Constitución Política y principio del pacta sunt servanda, estando obligado por el Convenio 95 de la OIT a definir o precisar que salario es lo que materialmente es, y no otra cosa, "para no mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter", tal como ocurrió con la frase "y constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud" contenida en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, que por tanto deviene en inconstitucional como acertadamente aplicando el artículo 4° de la Constitución Política, lo consideró el Juzgado, según se ha visto»

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

«[...] Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del "incentivo" en estudio es netamente salarial y que 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.

[...] No sobra recordar que la Ley 4ª de 1992 materializó el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. miembros del Congreso y la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 20. una prohibición al Gobierno

⁸ " Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala Transitoria, radicado 11001-33-35-011-2017-00093-01, Sentencia del 16 de marzo de 2020, M. P. Luis Eduardo Pineda Palomino.

Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.

[...] A la luz del Convenio 095 de la OIT, el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

[...] Por ello, el "incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.

Como viene de exponerse, constituye un criterio de esta Sección, que la naturaleza salarial de un pago se deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional.

En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4117 del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas¹¹⁸.

[...] 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»⁹

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

Así mismo, resulta imperativo destacar que el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 29 de junio de 2021¹⁰ en el mismo sentido también estableció:

⁹ 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

¹⁰ Tribunal Administrativo De Boyacá. Sala De Conjueces. Ponente: Sulma Clemencia Torres Gallo. Junio 29

«[...] para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, **no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial**, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política [...]» (Negritas fuera del texto original).

Al respecto, cabe indicar que el Decreto 382 de 2013, permite establecer que la “*bonificación judicial*” constituye un pago mensual y, por lo tanto, habitual y periódico, de modo que cumple las características de ser una remuneración fija en dinero y establecida como contraprestación directa del servicio.

Finalmente, es importante recalcar que la Bonificación Judicial contenida en el Decreto 382 de 2013, debe respetar los principios de la norma que desarrolla, esto es la Ley 4ª de 1992 y consecuentemente el artículo 150 de la C.P., inciso 1º, y literal e) del numeral 19, que dispuso ordenar la nivelación salarial atendiendo criterios de equidad, considerando el salario en toda la dimensión y efectos desarrollados en la jurisprudencia constitucional, por lo que puede concluirse que su finalidad es precisamente tener efectos sobre la base salarial que devengan los empleados y funcionarios del ente demandado.

Concepto de salario

Al respecto, si bien la Constitución no especifica reglas acerca de su definición, elementos integrantes o efectos en la liquidación de las prestaciones sociales, la Corte Constitucional ha señalado que estos aspectos deben ser regulados por el legislador bajo criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, y consultando principios básicos constitucionales como la igualdad, la garantía de una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y la primacía de la realidad sobre la formalidad¹¹. Y como noción de salario, concretó:

“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución

de 2021.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1995

directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales.¹²”

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

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

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

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

*«[...] **aunque estas normas en principio no se aplican en la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tal como lo precisa el artículo 3 del CST** “el presente Código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares”, **esta Sala ha acudido a esta definición como criterio interpretativo,** y de manera concreta se hace referencia en la sentencia de 6 de julio de 2015 donde se declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto*

¹² Ídem

legal” del artículo 5 del Decreto 4050 de 2008, que regula el incentivo por desempeño grupal.» (Negrilla fuera de texto).

Conforme el artículo 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo que regulan el salario y los pagos que lo integran, el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador.

En consecuencia, los extremos de una relación laboral tienen la posibilidad, en virtud 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, tales acuerdos no pueden ir en contra de los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, tales como la 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 trabajo¹³».*

Tal fue el criterio recogido por la Corte Constitucional en sentencia T-1029 de 2012, al precisar:

«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:

- 1) Es una norma que establece por vía de ejemplo los pagos que no son constitutivos de salario, que corresponden a:“(i) los montos que la doctrina ha denominado como ‘pagos no constitutivos de salario’, descritos por el artículo 128 CST, y relativos a 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*

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Conjueces. Junio 29 de 2021. MP. Sulma Clemencia Torres Gallo

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; (ii) el descanso remunerado generado por las vacaciones o los días no laborables; (iii) 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; según lo expresa el artículo 128 CST; y (iv) las indemnizaciones”[122].

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.»

Adicionalmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁴, mediante Concepto N° 1393 del 18 de julio de 2002, señaló: *"El salario "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no solo la remunerativo ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie coma 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*

¹⁴ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce

comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

En este sentido, el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 7 de diciembre de 2006¹⁵, integrando los conceptos de salario presentes en nuestro ordenamiento, indicó de forma general que: «*por salario debe entenderse no solo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue **periódicamente** como retribución de sus servicios*». (negrilla fuera de texto)

Posteriormente, en sentencia del 1º de agosto de 2013¹⁶, con ponencia del Honorable Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado, al resolver un caso sobre el carácter salarial de la prima de riesgo que percibían los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, dijo lo siguiente: «*[...] Bajo estos supuestos, ha de decirse que **todas las sumas que de manera habitual v periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización v liquidación de una prestación pensional***» (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁷ sobre la definición de "salario" ha dicho lo siguiente:

*«Según lo dispone el artículo 127 CST., subrogado por el artículo 14 de la Ley 50/90, el salario está conformado no sólo por la remuneración ordinaria, fija o variable, **sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contra prestación 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 ese sentido. se trata de un criterio amplio, que cubija a las distintas modalidades de ingreso del trabajador, generadas por la retribución del servicio personal que presta al empleador. Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza. Así, dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el***

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda, subsección B, Sentencia de 7 de diciembre de 2006, M.P. Jesús María Bustamante

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 1 de agosto de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011)

¹⁷ Sentencia C-892 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo); iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15/59, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST.; y (iv) aquellos montos que recibe el trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta, según lo dispone el citado precepto del Código Sustantivo del Trabajo.» (Negrilla fuera de texto).

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

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta además que por mandato constitucional corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, lo cual implica que el legislador tiene la facultad de determinar lo que constituye o no salario. Sin embargo, conforme lo señalado en precedencia por medio de la Ley 4ª de 1992 el Congreso autorizó al Gobierno Nacional para que, atendiendo criterios específicos, adelantara entre otros el proceso de nivelación salarial de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; al respecto la Corte Constitucional¹⁸ ha señalado lo siguiente:

*«Estima la Sala que 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 [...]**» (Negrilla fuera de texto).*

Lo antedicho se traduce en que *«[...] la facultad legislativa en cabeza del legislador no es absoluta, pues al definir lo que constituye o no salario en cualquiera de los regímenes aplicables a los empleados públicos, debe tener en cuenta los criterios propios del derecho laboral sobre el concepto del salario, en aras de salvaguardar principios de rango constitucional como la primacía de la realidad sobre las formalidades, la protección al trabajador y la igualdad de oportunidades a los trabajadores. De esta manera, aunque tenga la competencia para definir e imponer*

¹⁸ Sentencia C-521 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell

el régimen salarial en determinado caso, al legislador no le está permitido desconocer arbitrariamente la naturaleza de las cosas, e imponer límites al carácter salarial de los pagos o emolumentos que constituyan realmente salario [...]»¹⁹.

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

Bloque de Constitucionalidad:

Es preciso destacar que a través de la Ley 54 de 1962²⁰ se adoptó el Convenio 95 del 8 de junio de 1949 de la Organización Internacional del Trabajo, por medio del cual se definió el salario así: *«...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar».*

En relación con la excepción de inconstitucionalidad:

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

¹⁹ Sentencia SU-995/99.

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

En cuanto a las circunstancias que dan lugar a la aplicación de la figura de la inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4° de la Constitución Política²¹, al respecto, el Alto Tribunal Constitucional²² indicó:

«...La excepción de inconstitucionalidad se erige a partir del artículo 4° de la Constitución Política que establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se emplearan las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.

Esta Corporación ha sido enfática en que se trata de una facultad-deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que ‘es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales’. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política²³.

En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho.

5.2. Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa²⁴ o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que ‘de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado²⁵;*

²¹ «...La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

²² Sentencia T-681/16, cinco (5) de diciembre de 2016. Expediente: T-5.723.146. MP. Jorge Iván Palacio.

²³ Sentencia SU-132 de 2013.

²⁴ Sentencia T-808 de 2007.

²⁵ Sentencia T-103 de 2010.

(ii) *La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,*

(iii) *En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental²⁶. En otras palabras, 'puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales'.*

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

«(...) cabe recordar que el artículo 4 de la Carta contempla el principio de constitucionalidad, según el cual, en caso de incompatibilidad entre el Estatuto Fundamental y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer aquél. En consecuencia, la autoridad que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política»²⁷. (Subrayado fuera de texto).

El deber de cualquier autoridad que tenga a su cargo la aplicación de una norma jurídica que sea contraria a la Constitución consistente en preferir el precepto constitucional²⁸, implica que la competencia para aplicar esta figura no se basa en un criterio orgánico de poder público sino en un criterio funcional, recayendo la facultad en quien tiene la competencia para aplicar la norma. Dicha competencia busca en primer lugar, restringir el ejercicio del poder público, y, en segundo lugar, garantizarles a los ciudadanos que el poder público sea ejercido desde el principio de legalidad²⁹. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional:

²⁶ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que “en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).”

²⁷ Sentencia T – 556 de 1998. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 6 de octubre de 1998.

²⁸ ESGUERRA, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Legis. Bogotá, febrero de 2012, págs. 437 y 438.

²⁹ QUIROGA, Edgar. La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión. En: Revista de Derecho Público. Universidad de

«Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto»³⁰.

«Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art. 4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional»³¹ ³².

En este orden de ideas, la autoridad no sólo está facultada, sino que tiene la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, siempre que se den las condiciones para ello, según la doctrina, esta figura generalmente se tramita en una instancia procesal administrativa o jurisdiccional. Así las cosas, se concluye que los jueces, en su condición de autoridad, deben hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad cuando advierten que, de la aplicación de una norma a un caso concreto, se derivan consecuencias que vulneran el ordenamiento constitucional.

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

*«...**Control por vía de excepción.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos inter-partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.*

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte».

Sobre la necesidad de constatar la incompatibilidad de las normas inferiores con

los Andes. Facultad de Derecho. Revista de Derecho Público N 34. Enero – junio de 2015. P. 13.

³⁰ Sentencia C-122/11. M.P. Doctor Juan Carlos Henao. Bogotá, 1 de marzo de 2011.

³¹ Sentencia T-808/07. M.P. Dra. Catalina Botero Marino, Bogotá 1 de octubre de 2007.

³² Sentencia SU132/13. M.P. Doctor Alexei Julio Estrada. Bogotá, 13 de marzo de 2013.

la Superior, como fundamento de su inaplicación, ha dicho la Corte Constitucional que:

«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 (...)»³³.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado:

*«(...) **La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)»***³⁴. (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

En este sentido, conforme los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales citados, se puede concluir que la causa y finalidad de la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 382 de 2013 y sus decretos modificatorios, era nivelar la remuneración de los *servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación*, lo cual encontraba sustento en la Ley 4ª de 1992.

De tal manera que el planteamiento contenido en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013 respecto de la creación de la bonificación judicial y su tenor literal al señalar **«constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social»**, contiene una contradicción, ya que restringe el carácter salarial de dicha bonificación a los efectos de servir de base de liquidación para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social y de Salud, lo que va en contravía de los parámetros fijados por la Ley 4ª de 1992.

Finalmente, bajo los criterios descritos, advierte este Despacho que, la bonificación

³³ T-614 del 15 de diciembre de 1992

³⁴ **Sentencia C-122 de 2011**, Referencia: expediente D- 8207, Demandante: Adriana Parra Hernández, MP. Juan Carlos Henao Pérez, 1 de marzo de 2011 y **Sentencia T – 331** de 2014. expediente T-4171626. MP. María Victoria Calle Correa.

judicial reconocida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación mediante el Decreto 382 de 2013 y concordantes tiene una naturaleza salarial intrínseca en tanto se percibe de forma habitual y periódica, como quedó indicado con anterioridad y además como retribución directa del servicio que prestan los servidores judiciales en comento.

Análisis probatorio y caso concreto

En el presente caso, se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, desde el 29 de enero de 2013 hasta el 11 de junio de 2018, desempeñando diferentes cargos, entre los que se cuentan: AUXILIAR II, AUXILIAR ADMINISTRATIVO III, entre otros, siendo su última ubicación la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana en Bogotá de acuerdo con la constancia de servicios prestados y extracto de hoja de vida del 20 de diciembre de 2018 expedida por el jefe Departamento de Administración de Personal (fs. 35 - 38); cargos que además se encuentran dentro de los beneficiarios de la mencionada bonificación de acuerdo con el Decreto 382 de 2013 y el Decreto 22 de 2014; así mismo, se destaca que en dicho medio probatorio se evidencia que la demandante, de conformidad con la fecha de vinculación laboral, tenía derecho a percibir la bonificación reclamada y como lo afirma la demandada en el escrito de contestación, la ha pagado mensualmente de acuerdo a las directrices planteadas la normativa señalada previamente, constituyendo así una de las características del salario.

Ahora bien, se advierte que la bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación fue concebida como un mecanismo de nivelación salarial, en virtud de las directrices trazadas por medio de la Ley 4ª de 1992, situación que lleva a este Despacho a considerar que al haberse limitado el carácter salarial de la aludida prestación se vulneró la esencia de aquella, valga decir, que el desequilibrio que pretendía resolver el legislador al momento de la expedición de la referida ley no se concretó, razón por la cual, se reitera, se violentan las garantías constitucionales de la demandante. Adicionalmente, se advierte que, al haberse instaurado la bonificación judicial como un pago mensual, habitual y periódico, dicha prestación reúne las características para ser considerada como parte integral del salario.

En línea con el marco normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia y con el acervo probatorio que obra en el plenario para el Despacho la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013 y los decretos que lo modifican o adicionan sí reviste carácter salarial y tiene incidencia prestacional, a partir de su reconocimiento y de forma sucesiva hacia el futuro, formando parte de la asignación mensual, ostentando entonces el carácter permanente de la remuneración, y generando por

tanto, la obligación de reliquidar las prestaciones sociales con base en la totalidad del salario devengado.

En consecuencia, se dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, en tal virtud se ordenará que se inaplique, con efectos *inter partes*, la expresión «únicamente», contenida en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 y, en lo pertinente, los decretos que, al modificar o adicionar este último, la reproduzcan, por ser manifiestamente incompatible con la Constitución Política, especialmente con el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 25, 48, 53, 55, y 56, así como con el bloque de constitucionalidad, respecto de las disposiciones contenidas en el artículo 1° del Convenio 095 de 1949³⁵ de la OIT y a la jurisprudencia constitucional que hace parte de dicho bloque. Lo anterior, con el fin de que se tenga la bonificación judicial como factor salarial, tanto para la base de liquidación de todas las prestaciones sociales como para la cotización de aportes al Sistema General de Pensiones y Sistema General de Seguridad Social en Salud, a las que tiene derecho la deprecante.

De otra parte, en relación con las excepciones planteadas, tenemos que, las mismas se ven absueltas en la parte considerativa de la presente providencia; sin embargo, en tanto merece pronunciamiento aparte, por no estar suficientemente resuelta, este Despacho se referirá a la siguiente excepción:

De la prescripción:

Dado que los efectos fiscales del Decreto 382 de 2013 corren a partir del 1° de enero de 2013, por disposición del artículo 5° *ibidem*, debe tenerse en cuenta, sin embargo, la fecha a partir de la cual se realizó la solicitud de reconocimiento y pago del factor salarial, a efectos de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³⁶ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁷, el cual establece como término de la prescripción un período de **3 años** contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, teniendo en cuenta que el reclamo escrito interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual; en este sentido también el

³⁵ Ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962

³⁶ «ARTÍCULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual».

³⁷ ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

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

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

el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el *sub lite*, la demandante, solicitó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial el **29 de septiembre de 2017** (fs. 2 - 3), por lo tanto, se declararán como afectados por el fenómeno de la prescripción, los emolumentos que se derivan de reconocerle carácter salarial, para todos los efectos prestacionales distintos a la base de cotización al Sistema Pensional y de Seguridad Social en Salud, a la bonificación judicial establecida en el decreto 382 de 2013 devengada **con anterioridad al 29 de septiembre de 2014.**

En este orden de ideas, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la reliquidación de todas las prestaciones sociales que devengó la deprecante **a partir del 29 de septiembre de 2014 y hasta el 11 de junio de 2018**, es decir, hasta la fecha de desvinculación laboral, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para cada año, en los términos del Decreto 382 de 2013 y los que lo modifican o adicionan y que los cargos en que se hubiese desempeñado la demandante estén cobijados por la bonificación judicial del mencionado decreto.

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

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

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

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

Costas:

En virtud del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, el Despacho se abstendrá de imponer condena en costas, en el entendido que del material probatorio aportado al expediente no se evidenció su causación y comprobación.

Por último, la entidad demandada otorgó poder a la abogada MARGARITA SOFÍA OSTAU DE LAFONT PAYARES, con cédula de ciudadanía N.º 45.495.730 y con Tarjeta Profesional N.º 90.027 del C.S. de la J., para que la represente en los términos del poder³⁸ conferido.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada, consistentes en: *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; Falta de agotamiento de la vía gubernativa; Improcedencia de la sanción moratoria por falta de consignación y/o pago del auxilio de cesantías por reliquidación posterior y la denominada genérica.*

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

³⁸ F. 146

CUARTO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos: **oficio Radicado No. 20173100070891 de 17 de noviembre de 2017** y la **Resolución No. 2 – 0846 de 21 de marzo de 2018**, en lo que concierne a la demandante y por medio de los cuales la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, de conformidad con lo analizado en esta sentencia.

QUINTO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO y como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se ordena a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, reliquidar todas las prestaciones sociales que devengó la demandante deprecante **a partir del 29 de septiembre de 2014 y hasta el 11 de junio de 2018**, es decir, hasta la fecha de desvinculación laboral, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial para cada año, en los términos del Decreto 382 de 2013 y los que lo modifican o adicionan y que los cargos en que se hubiese desempeñado la demandante estén cobijados por la bonificación judicial del mencionado decreto

SEXTO: DECLARAR afectados por el fenómeno prescriptivo los emolumentos que se derivan de reconocerle carácter salarial a la bonificación judicial establecida en el Decreto 382 de 2013, para todos los efectos prestacionales distintos a la base de cotización al Sistema Pensional y de Seguridad Social en Salud, **con anterioridad al 29 de septiembre de 2014**, conforme a la parte motiva del presente proveído.

SÉPTIMO: ORDENAR a la entidad demandada que las sumas reconocidas en esta sentencia a favor de la parte demandante devengarán intereses moratorios en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 192 y en el inciso 4º del artículo 195 del CPACA. Así mismo que, a las sumas que resulten a favor de la demandante se les debe aplicar la fórmula de la indexación señalada en la parte motiva de esta sentencia (Artículo 187 del C.P.A.C.A.).

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Sin condena en costas.

DÉCIMO: RECONÓZCASE personería a la abogada MARGARITA SOFÍA OSTAU DE LAFONT PAYARES, con cédula de ciudadanía N.º 45.495.730 y con Tarjeta Profesional N.º 90.027 del C.S. de la J., para representar a la demandada en los términos del poder conferido y cuyo canal digital de notificaciones es: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; margarita.ostau@fiscalia.gov.co.

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

DÉCIMO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la providencia con el uso de las tecnologías de la información, a las cuentas de correo que aparecen registradas en el expediente, conforme lo establece el inciso 2º del artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Francisco Julio Taborda Ocampo
Juez
Juzgado Administrativo
002 Transitorio
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **673feb2229f97a31d3acd79a59af403634fdff77c98ef49ab5e1edaf0d33504e**

Documento generado en 24/08/2022 05:18:48 PM

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