



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, diecisiete (17) de febrero de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES: LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA
JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO
DEMANDADO: LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN: 152383333003-2018-00152-00

MEDIO DE CONTROL

Procede la Juez ad-hoc designada por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá¹ a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado, mediante apoderada, por los señores LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA y JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO, en contra de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Pretenden los demandantes que se declare la inaplicación por inconstitucional de 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 los artículos 1° de los Decretos 0382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por violación al convenio de la OIT No. 95 de 1949, ratificado por Colombia a través de la Ley 54 de 1962; así como la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios DS-01-12-SGA-25-396 y DS-01-12-SGA-25-397 del 31 de agosto de 2017, junto con la nulidad parcial de la Resolución 2-3251 del 30 de octubre de 2017, por medio de los cuales negaron la liquidación de las prestaciones sociales de los demandantes, sin tener en cuenta la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 de 2013.

En consecuencia, de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita, se ordene a la Nación – Fiscalía General de la Nación que reliquide todas las prestaciones y emolumentos cancelados, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, actualizando las sumas adeudadas conforme al IPC.

Finalmente, solicita que se ordene a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el Art. 192 del CPACA, así como se condene en costas y agencias en derecho.

¹ Designación efectuada mediante acta 12 D del 10 de septiembre de 2019, fl. 185

2

2. Fundamentos Fácticos:

Los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la demandada son, en resumen, los siguientes:

Manifiestó que la Presidencia de la República expidió el Decreto 0382 de 2013, por medio del cual creó una bonificación judicial que cobija a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, pagadera a partir del 1 de enero de 2013, la cual se incrementaría cada año de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor, con la restricción de que constituye factor salarial únicamente para los aportes al Sistema General de Pensiones y de salud.

Agregó que el mencionado Decreto anualmente ha sido modificado por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016.

Finalizó refiriendo que mediante derecho de petición de fecha 18 de agosto de 2017, los demandantes solicitaron la reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo como factor salarial la bonificación judicial para todos los efectos, peticiones que fueron atendidas desfavorablemente a través de los actos administrativos acusados, con los cuales se agotó la vía administrativa.

2.1. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La apoderada de la parte accionante consideró que los actos acusados transgreden los artículos 4 y 53 de la Constitución Política, así como el artículo 1° del convenio de la OIT No. 095 de 1949, la Ley 4ª de 1992, el artículo 42 del Decreto-ley 1042 de 1978 y el artículo 127 del C.S.T.

Indicó que los actos administrativos acusados violan las normas enunciadas por cuanto, si bien los mismos gozan de la presunción de legalidad, también es cierto que desconocen los estamentos constitucionales que han establecido que todo lo perciba un empleado de forma habitual constituye salario.

Agregó que se desconoció los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, por lo cual debe darse prevalencia a los mismos respecto de los decretos sobre los cuales se solicita la excepción de inconstitucionalidad.

Sostuvo que las normas son claras en el aspecto de establecer lo que significa salario y los factores que lo integran, por lo tanto, no le es dado al ejecutivo desconocer los derechos de los trabajadores, así como tampoco se encuentra obligado a aplicar una norma ilegal, más aún cuando, los preceptos normativos que modificaron el Decreto 0382 de 2013, no fueron expedidos por el Presidente de la República en calidad de legislador extraordinario.

Adicionó que los actos objeto de nulidad desconocen la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó entre otros, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por cuanto al ejecutivo le está vedado establecer que constituye o no salario, competencia que le corresponde al legislador.

Apoyó sus argumentos con apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del **veintiséis (26) de abril de 2018** (fls. 96-97).

Por auto adiado del **once (11) de octubre de 2018**, se convocó para audiencia de que trata el Art. 180 del CPACA (fl. 144), la cual se celebró el día siete (7) de diciembre de 2018, tal como consta en acta y audio (fls. 152-155), en la cual se surtieron las etapas previstas en la misma, decretándose la práctica de pruebas de oficio.

En audiencia de pruebas surtida el 7 de marzo de 2019, se incorporaron las pruebas allegadas, se cerró la etapa probatoria y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión de conformidad con lo establecido en el artículo 181 *ibídem* (fl. 162).

3.1. Contestación de la demanda. (fls. 115 a 126)

Dentro del término conferido para el efecto, la apoderada de la entidad accionada presentó contestación de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, pues en su sentir, los actos objeto de debate judicial fueron expedidos en armonía con las regulaciones legales vigentes, en especial las establecidas en el Decreto 0382 de 2013, máxime cuando la misma surgió de los acuerdos y negociaciones sindicales de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nacional, acordando que la bonificación judicial bajo estudio, solo constituiría factor salarial únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y de la Seguridad Social, sin que con ello se entienda la vulneración de prerrogativas de orden constitucional y legal.

Reprochó que pese al origen de la bonificación judicial, el debate que propone la parte actora no debió ventilarse a través del presente medio de control, sino a través de la acción de inconstitucionalidad.

Señaló que la bonificación en cuestión, se creó para los servidores de la entidad demandada, que a la entrada en vigencia del ya mencionado decreto 382, estuvieran rigiéndose salarial y prestacionalmente a la luz del Decreto 53 de 1993.

Concluyó que es deber de la demandada dar aplicación al Decreto 0382 de 2013, pues el mismo goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente.

Finalmente, propuso las excepciones denominadas prescripción de los derechos laborales, cumplimiento de un deber legal, cobro de lo no debido, buena fe y la excepción que denominó "genérica".

3.2 Alegatos de conclusión.

3.2.1. Parte demandante. En el término concedido para que presentara escrito de cierre, la apoderada de la parte accionante guardó silencio.

3.2.2. Parte demandada (fls. 164-172). Por su parte, la apoderada de la entidad accionada en su escrito de cierre, además de reiterar los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, citó *in extenso* la sentencia C-521 de 1995, para señalar que si bien un pago laboral puede incluirse dentro de la definición de "salario", ello no implica que a dichos valores se les otorgue un reconocimiento automático para que se incluya como factor base de liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos que perciba un empleado.

Agregó que existen por lo menos cuatro (4) sentencias de constitucionalidad -las cuales enuncian- las facultades al legislador de establecer los factores salariales a ser tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los trabajadores y por lo menos cinco (5) fallos del Consejo de Estado -Ib.- que conceden la potestad al legislador o al Gobierno Nacional de restringir los efectos salariales de un emolumento laboral.

Finalmente anotó que, no se puede alegar una desmejora en los derechos laborales de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, como quiera que las condiciones de aplicación de la bonificación fueron establecidas con precisión desde su creación, por lo que no existió ningún derecho adquirido al respecto en ningún momento, razón por la cual concluye que, no existe razón ni legal ni jurisprudencial para adoptar la bonificación judicial creada mediante Decreto 0382 de 2013, como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los empleados de la Fiscalía, más allá de lo facultado respecto de los aportes a salud y pensión de los funcionarios que en actividad tenían derecho a la misma.

3.2.3. Agente del Ministerio Público. No emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Identificación del Problema Jurídico.

El debate se contrae a determinar si la bonificación judicial creada mediante Decreto 0382 de 2013, constituye factor salarial para liquidar todas las prestaciones sociales de un trabajador de la Fiscalía General de la Nación, como es el caso de los demandantes, desde el 1 de enero del mismo año.

2. Argumentación Normativa y Jurisprudencial.

2.1. Del régimen salarial y prestacional de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación es una institución del orden nacional constituida a través de la Carta Política de 1991, la cual se rige por su estatuto orgánico establecido mediante el Decreto 2699 de la misma anualidad, el cual estableció, entre otras cosas, en el artículo 63 que a la letra señala:

“Artículo 63. El régimen prestacional de los servidores de la Fiscalía General de la Nación será el establecido por la ley para los servidores de la Rama Judicial. El reconocimiento y pago de las cesantías seguirán realizándose por intermedio de las Direcciones Nacionales y Seccionales de Administración Judicial, mientras la Fiscalía los asume directamente.” (Subrayas fuera de texto)

Posteriormente, teniendo en cuenta que los funcionarios adscritos a la Fiscalía General de la Nación, venían siendo considerados como servidores del Estado de forma general, el Gobierno Nacional estableció un régimen salarial y prestacional específico para los miembros de dicho ente a través del Decreto 53 de 1993, concediendo la posibilidad temporal de que quienes venían siendo cobijados por el régimen especial se acogieran al nuevo sistema salarial y prestacional, o se mantuvieran como NO acogidos, en los siguientes términos:

"Artículo 1º. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del poder público, organismos o instituciones del sector público, en especial el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses".

"Artículo 2º. Los servidores públicos vinculados a la Fiscalía General de la Nación podrán optar por una sola vez antes del 28 de febrero de 1993 por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha". (Subrayas fuera de texto)

Entonces a partir del año de 1993, se creó un nuevo régimen salarial a favor de los empleados de la Fiscalía General que se vincularán desde del 7 de enero de tal anualidad, fecha de entrada en vigencia del decreto citado y en el que se fijó un término para que aquellos servidores que se encontraran ya vinculados optaran, por una sola vez y antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional nuevo, y en el evento que no lo hicieran, continuarían siendo regidos por las disposiciones vigentes.

Conforme a lo anterior, es fácil es concluir que, son dos los regímenes salariales y prestacionales de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, el de los ACOGIDOS, es decir, el de aquellos que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia del citado Decreto 53 de 1993, o que, aun estando vinculados, optaron por vincularse al nuevo régimen, denominado el de los NO ACOGIDOS, aplicable a los servidores vinculados antes del 7 de enero de 1993 y que no eligieron acogerse al aludido decreto.

2.2. Del fundamento normativo y aplicación de la Bonificación Judicial creada para los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, a través del Decreto 0382 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", proferido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones legales y en especial las contempladas en la Ley 4ª de 1992, fue creada una bonificación judicial a favor de los servidores de la Fiscalía General de la Nación en los siguientes términos:

"Artículo 1º. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud" (Negrilla fuera del texto original).

Igualmente, en dicha normativa se fijó el monto de tal bonificación, para los años 2013 a 2018, precisando el valor correspondiente para cada cargo, ajustando el monto de este emolumento para los años 2015 a 2018.

Así las cosas, la aludida Bonificación sólo es tenida en cuenta como factor salarial para efectos de la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero no para efectos salariales. Sobre el particular, es preciso

clarificar sobre el concepto de salario y qué emolumentos hacen parte del mismo, y en tal sentido, el H. Consejo de Estado² enseñó:

"(...) los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando." (Negrilla y subraya fuera del texto original).

no obstante la restricción efectuada a los valores que constituyen salario establecidos en la norma en cita, el ordenamiento jurídico ha adoptado el concepto de salario contenido en el Convenio No. 95 de la OIT, el cual señala:

"Artículo 1°. A los efectos del presente convenio el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o metido de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por empleador a una trabajador en virtud de un contrato de trabajo"

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo modificado por la Ley 50 de 1990 dispuso en su contenido que debe ser tenido en cuenta como salario y que no debe ser constituido como tal, en los siguientes términos:

"Artículo 127. Elementos Integrantes. Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (...)

*Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. **No constituyen salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes" (Resaltado por el Despacho)*

Vale la pena destacar que de forma expresa el H. Consejo de Estado, señaló que el concepto de salario contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, cobijaba a los empleados públicos.³ Por lo tanto, conforme a las normas antes señaladas se infiere que, la configuración de salario debe ser entendida como aquella remuneración que reciba el trabajador independientemente de la denominación que se le dé, sea pagada de forma

² CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Magistrado Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto de 2010. Radicación Número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Demandante: LUIS MARIO VELANDIA. Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1393 del 18 de junio de 2002.

habitual y que tenga la connotación de ser dada con ocasión a la retribución directa de una actividad laboral desempeñada por el trabajador.

2.3. Principio de realidad sobre las formas aplicado al salario en sentencia T-1029 de 2012

La sentencia Constitucional T-1029 de 2012, ha dado una aplicación directa al principio de la realidad sobre las formas en materia salarial, dando un alcance material y efectivo sobre el mencionado principio y señalando las consecuencias prestacionales que genera su desconocimiento.

Sobre la materia, la alta Corte preciso que el factor denominado salario depende de la forma en la que se desarrolla una relación laboral y no de la estipulación formal que se haga por las partes, en los siguientes términos:

"La Corte Constitucional ha detectado que el congreso tiene vedado establecer que el pago que sea retribución del servicio del trabajador no sea salario, como quiera que la cláusula general de competencias que tiene el legislador se encuentra limitada con el principio de realidad sobre las formas.

(...)

La Sala resalta que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el Juez laboral no puede dejar de analizar en el caso concreto si un pago es o no salario por el solo hecho de que formalmente no se reconozca como tal. El Juez deberá estudiar las particularidades del asunto y la finalidad de la prestación. Este proceso es ineludible, pues el funcionario jurisdiccional tiene la labor de proteger los derechos del trabajador dentro de los que se encuentra recibir una remuneración."⁴

Concluye la jurisprudencia referida que en principio, al concepto de salario se le otorgó un carácter restrictivo, que progresivamente ha llegado, conforme a la normatividad interna e internacional, a establecer que todo lo que retribuya de manera directa el servicio prestado por el trabajador, tiene vocación de constituir un factor salarial y sus efectos de representar esta naturaleza, en una posición garantista, es que una suma que constituya factor salarial, deberá tenerse en cuenta para los demás efectos prestacionales.

3. Del Caso Concreto

3.1. De la pretensión de excepción de inconstitucionalidad

Pretende la apoderada de los demandantes, se inaplique por inconstitucional la expresión "y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de seguridad social en salud" contenidas en los artículos 1° de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por ir en contravía de las garantías contenidas en el ordenamiento jurídico nacional.

Al respecto, señala el Despacho que la excepción de inconstitucionalidad encuentra su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, el cual a la voz reza:

"Artículo 4°. 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"

⁴ Corte Constitucional, Sentencia de Tutela del 29 de noviembre de 2012; M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA; Exp. T-3511909 Accionante: Manuel Eduardo Fuentes Becerra.

Ahora, con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial lo expresado en la Sentencia SU-132 de 2013, la excepción de inconstitucionalidad:

"es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política".

()

"cuando el funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Éste defecto se presenta cuando "la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.

También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución".

A su turno, el H. Consejo de Estado⁵, sobre el particular precisó lo siguiente:

"El artículo 4º atrás citado introduce en nuestro ordenamiento jurídico un control de constitucionalidad difuso que convive con aquél ejercido en forma concentrada por la Corte Constitucional respecto de leyes y normas con fuerza de ley —artículo 241 C.P.—y por el Consejo de Estado en relación con decretos reglamentarios — artículo 237 C.P.—. Por esa razón se ha dicho que en nuestro ordenamiento jurídico existe un control de constitucionalidad mixto.

Lo dispuesto por el artículo 4º implica que cualquier autoridad pública — administrativa o judicial e incluso particulares comprometidos con la prestación de algún servicio público— puede dejar de aplicar una norma jurídica por considerar que desconoce la Constitución lo que, desde luego, no resulta factible sin la debida fundamentación, vale decir sin aportar motivos de peso que muestren en qué sentido la disposición jurídica que se deja de aplicar contradice la Constitución, a la luz de las circunstancias del asunto particular y con efectos inter partes.

El control procede de oficio o a solicitud de parte y, como consecuencia del ejercicio del mismo, la norma contraria a la Constitución —puede ser una norma de carácter

⁵ Providencia del 7 de marzo de 2016, dentro del expediente No. 08001233300120140042701. C.P., Stella Conto Díaz del Castillo.

legal o reglamentaria e incluso un precedente constitucional— se inaplica en el caso concreto sin que ello pueda hacerse equivalente o equipararse a que se expulse o desaparezca del ordenamiento jurídico. Sencillamente, con la debida justificación argumentativa se inaplica en el asunto particular y continúa rigiendo para otros casos.

De manera que el control vía excepción de inconstitucionalidad puede tenerse como instrumento que facilita el diálogo constitucional en el sentido de que, una vez ejercido el control en el asunto concreto, queda claro que la norma de rango legal o reglamentario adolece prima facie de una incorrección lo que podría llevar a que, posteriormente, se demande vía acción de inconstitucionalidad o de legalidad.

Siendo así, el mandato previsto en el artículo 4º es muy claro, de manera que si la interpretación contraria al sistema axiológico mínimo establecido por la Constitución se mantiene —por ejemplo una ley que limita el derecho a probar, a acceder a la justicia, en fin, que desconoce la garantía del debido proceso— artículo 29 C.P.- las autoridades públicas que deben aplicarla en un caso concreto pueden acudir a la excepción de inconstitucionalidad. Si con posterioridad, la Corte Constitucional, en cuanto supremo interprete de la norma de normas resuelve mantener la ley demandada vía acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico, ello supondría una ruptura con el orden mínimo de Valores allí previsto por lo que las autoridades públicas, sin excepción, estarían llamadas a inaplicar esa ley por mandato constitucional, vale decir por lo dispuesto en el artículo 4º C.P. E igual análisis cabría respecto de un acto administrativo, el que aunque se mantendría en el ordenamiento, no se aplicaría en el caso concreto, dada la disconformidad particular con el mismo."

En el mismo sentido, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 27 de julio de 2017, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho No. 150013333007201400146-02, con ponencia de la Magistrada Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, indicó lo siguiente:

"Se colige de lo anterior, que cuando un juez inaplica una norma en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, se limita a dejar de aplicar normas que son informadas en la demanda o en la contestación de la demanda como fundamento del derecho o de la defensa, siempre contando con una base argumentativa sólida y permitan dar claridad a la flagrante violación de los preceptos constitucionales, labor que corresponde al solicitante".

Por su parte, dicha facultad judicial que le ha sido conferida al operador de turno en la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

"Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición 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 solo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte"

Por lo anteriormente expuesto, el presupuesto planteado por la parte actora será analizado y resuelto junto con el fondo del asunto.

3.2. Del material probatorio aportado al expediente

Analizado el recaudo probatorio allegado por las partes a las presentes diligencias, observa el Despacho lo siguiente:

- Los accionantes laboran y/o han laborado al servicio de la Fiscalía General de la Nación desde el día 01 de enero de 2012 a la fecha, conforme los certificados de servicios prestados expedidos por la misma entidad (fls. 34 y 61).
- Los señores LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA y JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO, a partir del mes de enero del año 2014 y de mayo del año 2013, respectivamente, tal como se observa en los certificados vistos a folios 35 a 43 y 62 a 71, devengaron mensualmente, es decir, en forma habitual y periódica, la bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 de 2013, atendiendo que para ese año ya estaban vinculados a la Fiscalía General de la Nación
- Los demandantes radicaron derechos de petición por separado el día 18 de agosto de 2017, solicitando la reliquidación de las prestaciones sociales canceladas desde enero de 2013, con la inclusión de la bonificación judicial del Decreto 0382 de 2013 (fls. 17-19 y 44-46).
- Las anteriores peticiones fueron atendidas por la Subdirección Regional Central de la Fiscalía General de la Nación a través de los oficios DS-01-12-SGA-25-396 y DS-01-12-SGA-25-397 del 31 de agosto de 2017 (fls. 20-24 y 47-51).
- Contra los mencionados actos administrativos, se interpusieron recursos de apelación, conforme da cuenta las documentales vista a folios 25 a 27 y 52 a 54 del expediente.
- Los recursos fueron desatados desfavorablemente a través del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2-3251 del 30 de octubre de 2017 (fls. 72 a 79).
- Para la liquidación de las prestaciones sociales de los aquí actores se han tenido en cuenta como factores salariales desde el año 2013 y siguientes a saber: Sueldo, 1/12 de las primas de servicios, vacaciones, de navidad y de productividad y 1 /12 de la bonificación por servicios prestados y bonificación judicial (fls. 35 a 43 y 62 a 71).

Colorario de lo anterior, los demandantes, han venido percibiendo de forma habitual (mensualmente) la bonificación judicial por parte de la Fiscalía General de la Nación (empleador) con ocasión de la prestación de los servicios laborales desempeñados ante la misma accionada (retribución), además de hacer parte del régimen laboral y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, tal como lo certificó la demandada (fls. 158 y 161).

Por lo tanto, considera el Despacho que se cumplen con las condiciones establecidas normativa y jurisprudencialmente para que se tenga el pago de la bonificación judicial como salario que a su vez incide en la liquidación de las prestaciones canceladas a los demandantes desde el 1° de enero de 2013, conforme a lo expuesto en precedencia.

No obstante, el pluricitado decreto bajo estudio, lo limitó a los descuentos para efectos de seguridad social en salud y pensión, lo cual desmejora evidentemente las condiciones laborales de los demandantes, pues no se tiene en cuenta para efectos prestacionales,

por lo que corresponde **INAPLICAR** para el caso concreto, la expresión: **"(...) constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...) "**, contenida en artículos 1° de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, pues con su inclusión el Gobierno Nacional desbordó las facultades y principios establecidos por la Ley 4a. de 1992 vulnerando el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la Constitución Política y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, se ordenará a la entidad demandada, el restablecimiento del derecho en los siguientes términos.

4. De la prescripción

Como es de conocimiento, el fenómeno extintivo opera cuando el titular de un derecho no lo ejerce en los tres años siguientes a la fecha en que se hizo exigible el mismo, como en efecto lo establecen los artículos 41 y 102 de los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente, los cuales además prevén que el simple reclamo escrito de un trabajador sobre un derecho debidamente determinado, ante la autoridad competente, interrumpe el término, pero por un lapso igual.

Pues bien, en el presente caso se advierte que el derecho a la bonificación judicial respecto de los señores **LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA y JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO**, se hizo exigible desde el 1 de enero de 2013, empero tan solo elevaron solicitud de reconocimiento el 18 de agosto de 2017 (fls. 17-149 y 44-46), de manera que quedaron afectados por el fenómeno en cuestión los valores causados con anterioridad al **18 de agosto de 2014**; por lo que en tales términos se ordenara el restablecimiento del derecho.

5. Del Restablecimiento Del Derecho

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada:

- ✓ Reliquidar las diferencias que se hayan generado en las prestaciones sociales devengadas por los señores **LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA y JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO**, desde el 18 de agosto de 2014, incluyéndoles dentro de la base para su cálculo, la bonificación judicial creada por el Decreto 0382 de 2013, con sus correspondientes ajustes y pagar debidamente actualizadas las diferencias que se hayan generado como consecuencia de tal reliquidación.
- ✓ LIQUIDAR las prestaciones sociales que perciban los actores mientras se mantenga su vínculo laboral con la demandada, teniendo como factor salarial la bonificación judicial creada por el Decreto 0382 de 2013, siempre que la devenguen efectivamente.

6. De la indexación

Finalmente, los valores resultantes se indexarán con base en el Índice de Precios al Consumidor, mediante el empleo de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R. H.), que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se debió hacer el pago respectivo. Dicha fórmula deberá aplicarse mes a mes, en forma separada, toda vez que no encontramos ante pagos de tracto sucesivo y deberá tenerse en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho.

Los pagos a que hay lugar deberán ser efectuados en la forma y términos a que refieren artículos 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

7. Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado⁶ en la que se señala:

“(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación**, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”*

El Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la apoderada de la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

⁶ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015. Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013). C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

SEGUNDO. INAPLICAR para el caso concreto la expresión "y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud" contenida en los artículos 1° de los Decretos 382 de 2013, 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios **DS-01-12-SGA-25-396** y **DS-01-12-SGA-25-397** del 31 de agosto de 2017 y parcial de la Resolución No. **2-3251** del 30 de octubre de 2017, por medio del cual la demandada, entre otras cosas, negó la reliquidación de las prestaciones sociales de los demandantes, sin tener en cuenta la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 de 2013.

CUARTO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a **LA NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:**

- Reliquidar las diferencias que se hayan generado en las prestaciones sociales devengadas por los señores **LUIS ANTONIO PACHECO HERRERA** y **JORGE HERNÁN TOLOZA GUERRERO**, incluyéndoles dentro de la base para su cálculo, la bonificación judicial creada por el Decreto 0382 de 2013 con sus correspondientes ajustes y pagar debidamente actualizadas las diferencias que se hayan generado como consecuencia de tal reliquidación de prestaciones, con efectos fiscales a partir del **18 de agosto de 2014 por haber operado el fenómeno de la prescripción** y mientras se encuentren vinculados a esa entidad
- **LIQUIDAR** las prestaciones sociales que perciban los actores mientras se mantenga su vínculo laboral con la demandada, teniendo como factor salarial la bonificación judicial creada por el Decreto 0382 de 2013, siempre que la devenguen efectivamente.

QUINTO. Condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financiera acogida por el Consejo de Estado:

$$R = R_h \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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

SEXTO. La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO. Sin costas.

OCTAVO. Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda

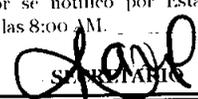
notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

NOVENO. Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial⁷. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FRANCY NOGETH QUINTERO ROSAS
Juez ad hoc

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 152383333003201800152-00

Juzgado 3º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama
NOTIFICACIÓN SENTENCIA
ART. 203 DEL CPACA -295 DEL C.G.P
El auto anterior se notificó por Estado N° 08 , Hoy 18/04/20 a las 8:00 AM.
 SECRETARIO

⁷ Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura: "Acuerdo No PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016. "Por el cual se actualizan los valores del Arancel Judicial en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."