



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

Tunja, cinco (5) de agosto de 2020.

**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Demandante:** GIOVANNI YAIR GUTIERREZ GOMEZ  
**Demandado:** NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA – BOYACÁ  
**Radicación:** 15001333300420170006400

**I. MEDIO DE CONTROL**

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos.

**II. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES (fls. 2-3).**

Solicita la parte demandante:

- 1.1. Aplicar la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 1 del Decreto 383 del 06 de marzo de 2013 en donde se indica “**constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General del Seguro Social en Salud**”;
- 1.2. La nulidad del oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016, a través del cual la entidad demandada negó al demandante el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y su inclusión en la base liquidatoria de las prestaciones sociales a partir del 01 de enero del año 2013 y futuras causaciones; así como la nulidad del acto administrativo ficto producido en virtud de la ausencia de respuesta al recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión contenida en el oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016.
- 1.3. A título de restablecimiento solicitó se condene a la entidad demandada a; i) reliquidar y pagar a favor del demandante las diferencias que arroje la liquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos, debidamente indexadas, tal como lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y de conformidad con la fórmula de liquidación desarrollada por el Consejo de Estado, ii) junto con el pago de los intereses moratorios; iii) y que se ordene a la entidad demandada en que en adelante, incluya el concepto de bonificación judicial creada con el Decreto 383 de 2013 en la nómina del demandante como parte integral del salario para todos los efectos jurídicos y en particular para la liquidación de todas y cada una de las prestaciones sociales que tengan como base de liquidación el

salario, iv) reconocer el pago de la sanción moratoria, v) y que se condene en costas y agencias en derecho.

## **2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 2 vto- 3)**

En síntesis, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante señala:

Que el demandante se desempeña como servidor judicial en el cargo de Juez devengando la bonificación judicial prevista en el Decreto 383 de 2013 a partir del 1 de enero de 2013, bonificación que no ha sido tomada en cuenta para liquidar sus prestaciones sociales.

Que el día 29 de mayo del año 2016, solicito ante la demandada el reconocimiento del derecho reclamado, quien mediante oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016 obtuvo respuesta negativa, para lo cual presentó recurso de apelación el día 14 de julio de 2016, concedido mediante Resolución N° 02748 del 5 de agosto de 2016, el cual no fue resuelto.

## **3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN (fls. 13 a 23)**

El apoderado expuso como fundamentos del medio de control en lo dispuesto en el Preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 25, 53 y 150 numeral 19 literal e) y 215 inciso 9 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 2° y 10° de la Ley 4ª de 1992; Ley 270 de 1996 artículo 152 numeral 7], Ley 482 de 1998, Código Sustantivo del Trabajo artículo 4, 127, artículo 42 Decreto 1042 de 1978, artículo 5° Decreto 1045 de 1978, Ley 244 de 1995 y 344 de 1996, artículo 99 de la Ley 100 de 1990.

Decreto 717 de 1978, 057 de 1993, 110 de 1993, 106 de 1994, 043 de 1995, 036 de 1996, 076 de 1997, 064 de 1998, 044 de 1999, 2740 de 2000, 1475 y 2720 de 2001, 0673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 0936 de 2005, 0389 de 2006, 0618 de 2007, 0658 y 3902 de 2008, 0723 y 1252 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 0874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 0245 de 2016, 0383 de 2013, 1269 de 2015 y 0246 de 2016.

En síntesis de sus fundamentos, indica que la precitada bonificación judicial es parte del salario y como tal debe ser factor salarial.

## **III. ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto del 25° de mayo de 2017 se admitió la demanda (fls. 40-41) y agotado el trámite respectivo de la audiencia inicial realizada el 7 de noviembre de 2017 (fls. 112-115), y concluida la etapa probatoria (fl. 122 y vto, 209-210, 227, 232, 238), y concluido el término de alegatos de conclusión y del concepto del Ministerio Público.

Mediante providencia del 03 de septiembre de 2019, decidió aceptar el impedimento y ordenó la designación como Juez Ad – Hoc al suscrito (fl. 276-278, 280-281).

### **1.- RAZONES DE LA DEFENSA**

#### **1.1. NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (fls. 51-56).**

Mediante apoderado, contestó en término la entidad demandada, indicando que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas, declaraciones y condenas, manifestando que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Que en ejercicio de dicha facultad el Legislativo expidió la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, mediante la cual autoriza al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre estos los de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, para lo cual debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos y criterios: el respeto de los derechos adquiridos tanto del régimen general, como de los especiales; la sujeción al marco general de la política macro económica y fiscal; la racionalización de los recursos público y su disponibilidad; el nivel de los cargos en cuanto a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

Añadió que en virtud de lo establecido en la citada Ley que la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, es decir que es éste, basado en la Constitución y la Ley, quien determina dichas asignaciones.

Indicó que en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 4 de 1992 el Ejecutivo expidió el 07 de enero de 1993 el Decreto 57, *"Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones"*, estatuto que en sus artículos 1º, 2º y 12 fijó el régimen salarial y prestacional.

Señaló que desde el 1º de enero de 1993, y por mandato legal, coexisten en la Rama Judicial dos regímenes salariales y prestacionales, a saber: -un régimen ordinario, o de los "no acogidos", que se aplica a los servidores judiciales que venían vinculados a esa fecha y que optaron por continuar bajo el amparo de las disposiciones anteriores, y -un régimen especial, o de los "acogidos", cuyos destinatarios son los empleados y funcionarios judiciales que prefirieron las nuevas disposiciones salariales, y los que se vincularon a la Rama Judicial a partir del 1º de enero de 1993.

Arguyó que la normatividad que se aplica en el caso sub – examine, es la consagrada en el régimen especial, estipulada en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996 y los posteriores que los han subrogado.

Que de acuerdo con el Decreto 383 del 6 de marzo de 2013, atendiendo a que el IPC proyectado como aumento de la bonificación judicial para éste año fue menor al efectivamente registrado y que los Decretos 383 de 2013 y 1269 de 2015 también señalaron que ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del decreto en comento, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 y que cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Igualmente adujo que por expreso mandato legal, la bonificación judicial constituye factor salarial únicamente para efectos de constituir la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto de la expresa solicitud de los apoderados para que "...se inaplique por inconstitucional los artículo 1° del Decreto 383 de 2013 y 1° del Decreto 1269 de 2015, especialmente en el aparte "...y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud..." por ser abiertamente contrarios a la Constitución y a las leyes superiores...", anotó que de los fallos transcritos se colige, que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y sus Seccionales, como agentes del Estado y garantes del principio de legalidad, están sometidas al imperio de la ley y obligadas a aplicar el derecho vigente al tenor literal de su redacción, dándole estricto cumplimiento.

Que por lo anterior, y con la pretensión de los servidores judiciales dirigida a que se les reconozca como factor salarial para todos los efectos legales la Bonificación Judicial contemplada en el Decreto 383 de 2013, modificado por el 1269 de 2015, y que como consecuencia se les reliquiden desde el 01 de enero de 2013 hasta la fecha y en adelante todas las primas y prestaciones sociales como son: "...a) Prima de Servicios, b) Prima de Productividad, c) Prima de Vacaciones, d) Vacaciones, e) Prima de Navidad, f) Bonificación por servicios prestados, g) Cesantías e intereses a las cesantías, h) y demás emolumentos que por constitución, ley o reglamento le correspondan a funcionarios y empleados de la rama judicial. ...", afirmó y aseguró que, la Administración Judicial ha venido aplicando correctamente el contenido de las citadas prescripciones legales, en cumplimiento además de la formalidad consagrada en su artículo 3°, razón por la que no accederá a lo solicitado, pues si lo hiciera claramente estaría descatando el ordenamiento legal vigente, con las consecuencias penales, fiscales y disciplinarias que una decisión en ese sentido conlleva. Por lo que la Bonificación Judicial contemplada en el Decreto 383 de 2013, modificado por el 1269 de 2015 constituye factor salarial únicamente para efectos de constituir la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que aunado a lo anterior los Decreto 383 de 2013, modificado por el 1269 de 2015 gozan del amparo presuntivo de legalidad.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones:

**Cobro de lo no Debido:** Para fundamentar esta excepción expuso que la entidad demandada ha cancelado los salarios y prestaciones sociales a la demandante de conformidad con los parámetros señalados en las normas que rigen la materia.

**Innominada:** Al respecto solicitó que el fallador declare cualquier excepción que encuentre probada.

## **2.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.1. PARTE DEMANDANTE**

Guardó silencio.

### **2.2. PARTE DEMANDADA.**

Guardó silencio.

### **2.3. MINISTERIO PÚBLICO**

**No emitió concepto por de declarar fundado su impedimento**

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO.**

En la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial (fls. 112-115), se estableció que la controversia en el *sub-examine*:

“- ¿Debe inaplicarse por inconstitucional el aparte del decreto 0383 de 2013, modificada por el Decreto 1269 de 2015, que señala que la bonificación judicial allí establecida “únicamente se tendrá como factor salarial para efectos de cotizaciones a seguridad social en pensiones y salud?

- Y si ¿procede o no la nulidad del oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016, y el acto ficto o presunto, por haber operado el silencio administrativo negativo, del recurso de apelación interpuesto en contra del oficio que negó al demandante tener como factor salarial para liquidación de prestaciones, los dineros pagados por concepto de bonificación judicial del Decreto 383 de 2013 y 1269 de 2015, desde el 1 de enero de 2013 y en adelante?.

## 2. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

### 2.1. Del Régimen Salarial y Prestacional de los Servidores de la Rama Judicial

Con fundamento en lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f)<sup>1</sup> de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992<sup>2</sup>, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, incluidos los empleados de la Rama Judicial<sup>3</sup>, disponiendo en su (artículo 2º):

*“a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;**” (Negrilla fuera del texto original)*

Ahora, en virtud de la facultad otorgada por el legislador, mediante la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 57 de 1993, “*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones*”. Donde se establecieron, entre otras, las siguientes disposiciones:

*“ARTICULO 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.”*

*“ARTICULO 2º. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar 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.”*

<sup>1</sup> “ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

(...)

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

(...)

<sup>2</sup> “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

<sup>3</sup> “Artículo 1º.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(...)

b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República.

(...)

Es así que a partir de 1993, se creó un nuevo régimen salarial a favor de los empleados de la Rama Judicial que se vincularan a partir del 7 de enero de tal anualidad, fecha de entrada en vigencia del decreto citado. Además, se fijó un término para que aquellos servidores que se encontraban ya vinculados optaran, por una sola vez (antes del 28 de febrero de 1993) por el régimen salarial y prestacional nuevo; en caso contrario, es decir, quienes no lo hicieren, seguirían rigiéndose por las disposiciones vigentes a la fecha.

Entonces, los regímenes salariales y prestacionales que definen la situación laboral de los empleados de la Rama Judicial, son: I) El Régimen de los Acogidos, que se aplica a quienes se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 57 de 1993 o que, aun estando vinculados, optaron por vincularse al nuevo régimen, y II) El Régimen de los No Acogidos, aplicable a los servidores vinculados antes del 7 de enero de 1993 y que no eligieron acogerse al Decreto 57 de 1993.

## 2.2. De la Bonificación Judicial

En ejercicio de las atribuciones legales contempladas en la Ley 4ª de 1992, el Ejecutivo el 06 de marzo de 2013 expidió el Decreto 383, “por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”. Tal decreto previó:

**“Artículo 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 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)**

Así mismo se fijó en este Decreto el monto de tal bonificación, para los años 2013 a 2018, precisando el valor correspondiente para cada cargo. Sin embargo ello ha sido modificado mediante los Decreto 1269 de 2015<sup>4</sup>, 246 de 2016<sup>5</sup>, 1014 de 2017<sup>6</sup>, 340 de 2018<sup>7</sup> y 992 de 2019<sup>8</sup> y 442 de 2020<sup>9</sup>, que han ajustado el monto de la bonificación judicial anualmente desde el año 2015 hasta el presente.

## 2.3. Del Concepto de Salario

Si bien la Constitución Política no incluye la definición de salario, si brinda una especial protección al trabajo y al salario, como se advierte tanto en el preámbulo como en los artículos 25 y 53, razón por la cual, el legislador conserva cierta libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario. Sin embargo, tal libertad es relativa, como lo señala la Corte Constitucional<sup>10</sup>, pues las definiciones legislativas no sólo deben respetar los principios constitucionales generales, sino que la Carta precisa algunos elementos estructurales constitutivos de la noción de salario, con el fin de fortalecer la protección al trabajo, valor y principio fundante del Estado colombiano (Preámbulo y art. 1º de la Constitución Política).

<sup>4</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 383 de 2013”

<sup>5</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 1269 de 2015”

<sup>6</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 246 de 2016”

<sup>7</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 1014 de 2017”

<sup>8</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 340 de 2018”

<sup>9</sup> “Por el cual se modifica el Decreto 992 de 2019”

<sup>10</sup> Sentencia C-521 de 1995. En la cual se señala: “(...) Así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas (CP arts 1º y 25), lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (CP art. 53). Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio “a trabajo igual salario igual” tiene rango constitucional. Pero dentro de esos marcos, el Congreso conserva la posibilidad de optar por diversas definiciones legislativas de los componentes salariales. Por ello esta Corporación, en reciente decisión, precisó que “la Constitución no ha señalado reglas para efectos de determinar los factores salariales que han de tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, corresponde al legislador, dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, determinar los aludidos factores”(Negrilla y subrayado fuera de texto).

En atención a tales límites constitucionales, diferentes normas laborales han establecido el concepto de salario, el Estado Colombiano, mediante la Ley 54 de 1962, ratificó el Convenio No. 95 de la OIT relativo a la protección del salario, en el cual se establece:

**“Artículo 1. A los efectos del presente convenio el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.** (Negrilla y subrayado del despacho).

En consonancia con lo anterior, se tiene que la Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones, dispone al respecto:

**“Artículo 14. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:  
Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”**

**“Artículo 15. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:  
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. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”** (Subrayado y negrillas del despacho).

Ahora bien, para el caso de los empleados públicos, el Decreto 1042 de 1978<sup>11</sup>, estableció:

**“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 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.** (...). (Negrilla y subrayado del despacho).

Y en particular para los servidores de la Rama Judicial, el Decreto 717 de 1978<sup>12</sup> definió claramente todo lo que se puede considerar salario, así:

**“Artículo 12. De otros Factores de Salario. Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.”**

Por su parte, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto No. 1393 del 18 de junio de 2002, señaló que la definición y noción de salario dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo debe ser aplicada a los empleados públicos:

**“3. Factores salariales de los servidores públicos del orden nacional y distrital.**

<sup>11</sup> “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”

<sup>12</sup> “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, se fija la escala de remuneración correspondiente a dichos cargos, y se dictan cargos, y se dictan otras disposiciones.”

El artículo 3° de la ley 4ª de 1992 establece que "el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos." Y el artículo 2 ibídem dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta "el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño."

Para la Sala, ante todo, es necesario precisar los conceptos de salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración.

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 sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino **todo lo que recibe el trabajador** en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." 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.** (...)" (Negrilla dentro del texto original, subrayado del Juzgado).

De acuerdo con la normativa referida, la noción de salario que debe ser aplicada en Colombia, tanto para trabajadores del sector privado como para empleados públicos, es aquella que contiene los elementos de:

- i) **Retribución:** remuneración inmediata o directa, ordinaria fija o variable, o cualquier pago en dinero o en especie, sea cualquiera la forma de denominación que se le dé.
- ii) **Carácter habitual o periódico:** debe tener una periodicidad en su reconocimiento.
- iii) **En calidad de contraprestación directa del servicio:** tal retribución corresponde a la remuneración por los servicios del trabajador, esto excluye las dádivas y las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador.

En ese orden de ideas, se constituye en factor salarial todo concepto que de manera habitual y periódica reciba el empleado o funcionario como contraprestación de sus servicios, sin importar la denominación que se le dé a tal concepto.

## 2.4 De las Excepciones de Inconstitucionalidad e Ilegalidad

### 2.4.1. Excepción de Inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad encuentra su fundamento en artículo 4º de la Constitución Política, que establece:

*"ARTICULO 4o. 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."*

Con base en tal disposición, la Corte Constitucional ha determinado el concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

*"La jurisprudencia constitucional ha definido que "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.*<sup>13</sup> (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, con el objeto de evitar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierta en un instrumento de desobediencia a la ley, y, de contera a las reglas propias de la democracia formal desbordando los límites de los poderes públicos, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado a través de su jurisprudencia, unas condiciones objetivas que deben existir para la aplicación legítima de la excepción las cuales son a saber: i) Que exista una violación o contradicción clara, evidente y palmaria de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución configurándose claramente un estatus de incompatibilidad y ii) Que la norma llamada a ser inaplicada sea una reproducción de otra previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucional.

Respecto de la exigencia de incompatibilidad manifiesta, la Corte se pronunció en prematura jurisprudencia mediante la Sentencia T-614 de 1992<sup>14</sup> de la siguiente forma:

*"(...) Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles."*

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "*repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra. En la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe".<sup>15</sup>

En atención a la segunda hipótesis de condición objetiva de aplicación el máximo intérprete constitucional ha expresado que:

*"(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, la excepción de inconstitucionalidad únicamente puede aplicarse cuando resulta incuestionable –conforme al texto de la disposición o clarísima jurisprudencia de la Corte Constitucional- que viola la Carta. (ii) que la norma que fue inaplicada corresponda a la reproducción de una declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en cuyo caso se verificaría la violación del artículo 243 de la Carta.(...)"<sup>16</sup>.*

La exigencia referida a que existan unas condiciones objetivas de aplicación también ha sido estudiada y decantada por el Consejo de Estado quien sobre el particular ha manifestado:

*"(...) La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de*

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-132 del 13 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada.

<sup>14</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. (...) Esta exigencia se explica porque (...) la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía de la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades; por tanto, su invocación requiere argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución. De lo contrario, en caso de existir dudas o argumentos plausibles a favor de la compatibilidad entre ambas normas, se impone el deber, también de raigambre constitucional, de aplicar la normatividad legal y reglamentaria vigente, que es un “principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de organización jurídico-política previsto en la Constitución.” Ahora, valga aclarar que, evidenciada dicha incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y no una simple posibilidad discrecional del operador jurídico (...)*<sup>17</sup>

En resumen, la excepción de inconstitucionalidad debe obedecer a unos criterios objetivos de aplicación tales como la manifiesta incompatibilidad de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución, o, la reproducción de una norma previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucionalidad; cualquiera de las dos condiciones debe estar presente como requisito *sine qua non* para que la aplicación de la excepción de constitucionalidad se reputa como legítima.

De manera concomitante al establecimiento de unas condiciones objetivas de aplicación, la jurisprudencia también ha desarrollado unas circunstancias respecto de las cuales la excepción de inconstitucionalidad se **constituye en un deber de aplicación**, ya que en caso de no ser aplicada se estaría violando de manera directa la Constitución. Al respecto la Corporación se ha pronunciado así:

*“(...) El artículo 4 constitucional no sólo permite, sino que ordena que en cualquier caso de incompatibilidad de la Constitución con otra ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En esa medida, el funcionario judicial que aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto ve plenamente validados sus pronunciamientos a la luz de la Carta Política. (...)”*<sup>18</sup>.

*“(...) En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. (...)”*<sup>19</sup>.

En igual sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

*“(...) De manera que cualquier autoridad a quien le corresponda aplicar una norma no sólo está legitimada, sino obligada, a abstenerse de hacerlo cuando la encuentra incompatible con la Constitución Política, de modo que de no aplicar en ese evento la excepción de inconstitucionalidad su actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez. En síntesis, la excepción de inconstitucionalidad constituye una excepcional figura de control de constitucionalidad que, en términos del artículo 4° de la Constitución Política, impone a los funcionarios encargados de aplicar una determinada norma jurídica el deber de inaplicarla en una situación concreta, con efectos sólo respecto de dicha situación, cuando quiera que razonablemente y en términos objetivos advierta que entre dicha norma y la Constitución Política existe incompatibilidad (...)”*<sup>20</sup>

Así, la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuando esta se constituye en un “deber” atribuible a la autoridad judicial evidentemente podría llegar a configurar una causal específica de procedibilidad de tutela en contra de providencia por violación directa de la Constitución, hecho que se decanta y sistematiza en sentencias tales como la T-774 de 2004 y la C-590 de 2005 las cuales reiteran reglas tales como la fijada por medio de la sentencia T-441 de 2003:

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Radicación 1999 del 20 de Mayo de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

*“Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso.”<sup>21</sup>*

Conforme a lo anterior, de forma enunciativa algunos deberes de aplicación serían los siguientes: i) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma manifiestamente incompatible con la Constitución, en los términos en que fueron expuestos en acápites anteriores; y ii) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma formalmente válida y vigente pero que en su contenido reproduzca 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.

En atención al punto la Corte ha manifestado:

*“(…) Cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo “el contenido material del acto declarado inexecutable”.(…)”<sup>22</sup>.*

En síntesis, podemos afirmar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad resulta ser (como ha sido anotado) una facultad que debe ser utilizada en uso de competencia funcional y atendiendo a unos límites estudiados y descritos en la jurisprudencia; pero al mismo tiempo, se constituye en un deber frente a la existencia de normas claramente incompatibles con la Constitución.

#### 2.4.2. Excepción de ilegalidad

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 establece que *“las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes.”*

A partir de la norma en cita se llegó a decantar la posibilidad de inaplicar un acto administrativo en caso que este fuera contrario a la constitución o a la ley, haciendo uso no solo a la excepción de inconstitucionalidad sino además de la excepción de ilegalidad<sup>23</sup>. No obstante, esta última posibilidad solo resultaba admisible en la medida que para la época de expedición de la Ley 153 no existía en Colombia el control de legalidad propiamente dicho, el cual nace para nuestro ordenamiento con la expedición del Decreto – Ley 01 de 1984 (antiguo código contencioso administrativo); razón por la cual, se puede discernir que éste último deroga tácitamente la disposición normativa del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 haciendo actualmente nugatorio la posibilidad de aplicar la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades públicas<sup>24</sup>.

Al respecto el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha pronunciado de la siguiente forma:

*“Frente a la excepción de ilegalidad se ha considerado que el artículo 12 de la ley 153 de 1887, debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que NO existía control efectivo de legalidad de los actos administrativos”<sup>25</sup>.*

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>23</sup> Entendida como la facultad de inaplicar un acto administrativo (u otra norma de inferior jerarquía) por ser contraria a la ley.

<sup>24</sup> Con excepción de los jueces por las razones que se anotarán más adelante.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sentencia Sección Cuarta. Rad 5996 del 14 de julio de 1995. Consejero Ponente. Delio Gómez Leyva.

Por su parte, en cuanto a la excepción de ilegalidad el Órgano de Cierre de lo Constitucional, precisó en Sentencia C-037 de 2000:

*“De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, **aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad**, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, **la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.**”*

*Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.”<sup>26</sup> (Negrilla fuera de texto).*

Es así que estas herramientas de los operadores jurídicos (excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad), fueron acogidas expresamente por la Ley 1437 de 2011, al disponer:

*“**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 interpartes 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.” (Negrilla fuera de texto).*

Dicho lo anterior, estas excepciones se constituyen en facultades, pero también en deberes de los operadores jurídicos, que pueden ser aplicadas a determinado caso concreto, aún de oficio, pero cuyos efectos son *inter partes* y siempre sobre la base de una argumentación sólida que evidencie el flagrante desconocimiento de preceptos constitucionales y legales.

### 3. Valoración Probatoria y Caso Concreto

En el *sub-examine* se encuentra probado:

- Que el demandante han prestado sus servicios a la Rama Judicial, como se desprende de los certificados expedidos por la Coordinadora de Gestión y Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja (fl. 199 y 216).
- Que desde el mes de julio del año 2013, estando vinculado a la Rama Judicial, ha devengado mensualmente y por lo tanto de manera habitual y periódica, la bonificación judicial establecida en el Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 de 2015, como se evidencia en los reportes de nómina (fls. 200-208 y 217-226).
- Que el demandante, presentó derecho de petición ante la Dirección Seccional Ejecutiva de Administración Judicial de Tunja el 21 de junio de 2016 (fl. 19)<sup>27</sup>, solicitando la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas desde el año 2013 y las que se generaran a futuro, tomando como factor salarial la bonificación judicial creada mediante Decreto 383 de 2013.

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000 del 26 de enero de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>27</sup> Asunto: **“Respuesta a Derecho de petición radicado EXT DSTJ16- 8102 del 21 de junio de 2016”**

- Que a lo anterior el Director Seccional Ejecutivo de Administración Judicial de Tunja dio respuesta, mediante el Acto Administrativo contenido en el oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016, negando la petición (fls. 19-23).
- Que, como consecuencia de lo anterior, el demandante el 14 de julio de 2016, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar el Acto Administrativo contenido en el oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016 y en su lugar acceder a la petición (fls. 78-82), el cual fue concedido mediante Resolución N° 02748 del 5 de agosto de 2016 (fl. 92-93), sin que a la fecha de la presentación de la demanda (8 de mayo de 2017 – fl. 38), haya sido desatado por parte de la entidad demandada, configurándose un acto administrativo ficto o presunto negativo, conforme al artículo 86 del C.P.A.C.A.<sup>28</sup>

De las consideraciones expuestas se tiene que, constituye factor salarial todo concepto que de manera habitual y periódica reciba el empleado o funcionario como contraprestación de sus servicios, sin importar la denominación que se le dé a tal concepto. Es así que habiendo acreditado los demandantes, que como retribución de sus servicios, han devengado mensualmente la denominada **bonificación judicial** desde su creación mediante el Decreto 383 de 2013, no puede más que concluirse que tal emolumento **cumple con las características propias para considerarse factor salarial.**

No obstante, el Gobierno Nacional, en el mismo decreto de creación de la mentada bonificación, de manera **injustificada**, limitó el alcance de factor salarial de tal haber, al establecer que se constituiría como tal únicamente para efectos de las respectivas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y en Pensiones, connotación que impide que la bonificación judicial sea tenida en cuenta por la entidad demandada para liquidar las prestaciones sociales de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial en general y en particular de los demandantes, circunstancia que ha disminuido el monto de sus prestaciones y ha desmejorado sus condiciones salariales.

Se colige entonces que con 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 artículo 1° del Decreto 383 de 2013, el Ejecutivo desbordó las facultades que le fueron otorgadas mediante la Ley 4ª de 1992, pues bajo la apariencia de una bonificación despojó de efectos salariales tal emolumento<sup>29</sup> para la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores de la Rama Judicial, lo cual desconoce evidentemente el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53<sup>30</sup>

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 86. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSOS. *Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.*

*El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.*

*La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

Por lo que se concluye que en el caso bajo estudio en efecto se configuró el silencio administrativo negativo de la entidad demandada que generó un acto ficto o presunto, pues el recurso de apelación fue interpuesto el 29 de marzo de 2016 (fls. 22 a 25) y al 5 de junio de 2017 (más de 1 año después), fecha de presentación de la demanda (fl. 18), la entidad demandada no había notificado la decisión del recurso.

<sup>29</sup> Véase la siguiente providencia aplicable por analogía: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejera ponente: MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, Sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07), Actor: PABLO J. CACERES CORRALES, Demandado: GOBIERNO NACIONAL, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA. Donde, trajo a colación providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 19 de marzo de 2010, que examinó lo relativo a la prima especial de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y consideró que el Gobierno Nacional había disminuido el monto de las prestaciones sociales de los funcionarios de que trata la mencionada norma concluyendo lo siguiente: “ 1. El Ejecutivo desbordó su poder por cuanto bajo la apariencia de una prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad despojó de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales”

<sup>30</sup> ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

de la Constitución Política, así como el criterio establecido en el literal a) del artículo 2° de la propia Ley 4ª de 1992, atinente a que “(...). *En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales*” (principio de progresividad).

En consecuencia, en el *sub judice*: **i)** se inaplicará por inconstitucional e ilegal 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 artículo 1° del Decreto 383 de 2013, así como la expresión “(...) *y constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*” contenida en el artículo 1° de los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017 y 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020, por consiguiente **ii)** se declarará la nulidad parcial del Acto Administrativo contenido en el oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016, y del Acto Administrativo ficto o presunto que se configuró por el silencio administrativo negativo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en sede del Recurso de Apelación interpuesto; y a título de restablecimiento del derecho: **iii)** se ordenará a la entidad demandada reliquidar todas las prestaciones sociales devengadas por los demandantes desde el 1° de julio de 2013, incluyendo dentro de la base para su cálculo, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 y pagar debidamente actualizadas las diferencias que se hayan generado como consecuencia de tal reliquidación desde el 1° de julio de 2013 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, así mismo **iv)** se ordenará que en adelante la entidad demandada para la liquidación de las prestaciones sociales de los demandante, tenga como factor salarial la denominada bonificación judicial mientras se encuentre vigente el vínculo laboral.

## 6.- De la prescripción.

Resulta imperioso establecer si hay lugar o no a la declaratoria oficiosa de la excepción de prescripción del derecho respecto a los periodos sobre los que se reclama el derecho pretendido a título de restablecimiento del derecho.

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>31</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>32</sup> (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sobre el particular, el Despacho estima que en el presente caso, el Decreto 382 de 2013, generó efectos fiscales a partir del mes enero de 2013, lo que significa que el término de prescripción vencía en enero de 2016, y como, la petición de los demandantes fue radicada el 21 de junio de 2016 (fl. 19)<sup>33</sup>, encuentra el Juzgado que operó el fenómeno extintivo de la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 21 de junio de 2013.

## 7.- DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA.

De otro lado, la parte demandante pretende que se reconozca y pague la sanción moratoria conforme a la Ley 50 de 1990.

<sup>31</sup> «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.»

<sup>32</sup> «Artículo 102. 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.  
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.»

<sup>33</sup> «Asunto: “Respuesta a Derecho de petición radicado EXT DSTJ16- 8102 del 21 de junio de 2016”»

Frente a la pretensión del pago de la sanción moratoria como consecuencia del pago incompleto de sus cesantías; la Sección Segunda del Consejo de Estado a través de Sentencia de 07 de septiembre de 2018 señaló:

“(…)

*La finalidad del legislador al contemplar la sanción moratoria fue apremiar al empleador a la consignación oportuna de las cesantías anualizadas, debido a la importancia de esta prerrogativa laboral destinada a cubrir necesidades básicas del servidor público relacionadas con educación y vivienda de su núcleo familiar. En consecuencia, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia pacífica de esta Corporación, en los eventos en que se reconozcan una diferencia respecto del salario base de liquidación del auxilio de cesantías con ocasión de una nivelación salarial, ello no implica el reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que al tratarse de una sanción que se configura por una conducta determinada en la ley en cabeza del empleador que incumpla el plazo señalado en la ley para consignar el valor liquidado por la anualidad o fracción correspondiente en el fondo administrador seleccionado por el empleado y no podrá aplicarse a otras situaciones fácticas, en tanto ello desconoce el principio de legalidad y a su vez, la garantía esencial del debido proceso.”<sup>34</sup> (subrayado fuera del texto).*

De igual forma, en sentencia proferida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo el 25 de agosto de 2016, se determinó lo siguiente:

“(…)

*La sanción moratoria no es accesoria a la prestación social - cesantías, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento.*”<sup>35</sup>

Conforme a lo anterior, dicha pretensión debe negarse teniendo en cuenta que la sanción moratoria no es accesoria a las cesantías y no depende de un ajuste de la asignación salarial prestacional, además porque al tratarse de una sanción que se configura por presupuestos establecidos en la ley no se puede reconocer a través de la presente acción pues se desconocería el principio de legalidad y debido proceso, anudado a que no se advierte la mala fe de la demandada frente a dicha diferencia prestacional reclamada, ya que la misma obedeció al cumplimiento de un deber legal.

## **8. - Costas.**

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., que establece “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación*”, el despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas.

Se precisa en éste punto, que el despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016<sup>36</sup>, en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata

<sup>34</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 07 de Septiembre de 2018- Radicación: 08001-23-23-000-2014-00334-01(1172-16)

<sup>35</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 25 de agosto de 2016- Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14)

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección “B” del Consejo de Estado que indica: “...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 pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada”<sup>37</sup>.

#### IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el suscrito CONJUEZ Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

#### FALLA.

**PRIMERO.-** Declarar de oficio probada la excepción de prescripción, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es el derecho reclamado **con anterioridad al 21 de junio de 2013**.

**SEGUNDO.-** Declarar NO Probadas la excepción denominada: “**COBRO DE LO NO DEBIDO**” y la “**INOMINADA**” planteadas por la Nación – Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, atendiendo lo expuesto previamente.

**TERCERO.- INAPLICAR por inconstitucional e ilegal** 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 artículo 1º del Decreto 383 de 2013, así como la expresión “(...) *y constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*” contenida en el artículo 1º de los Decretos 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018 y 992 de 2019 y 442 de 2020; conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO.- DECLARAR la nulidad** del Acto Administrativo contenido en el oficio DESTJ16-1654 del 28 de junio de 2016 y del Acto Administrativo ficto o presunto que se configuró por el silencio administrativo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en sede del Recurso de Apelación interpuesto contra el mismo oficio DESTJ16-3404 del 9 de diciembre de 2016.

**QUINTO.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, **RELIQUIDAR** todas las prestaciones sociales devengadas por el demandante; GIOVANNI YAIR GUTIERREZ GOMEZ, identificado con cédula de ciudadanía No.79.620.616, desde el 21 de junio de Dos Mil Trece (2013) hasta la fecha del retiro del servicio o a la fecha de ejecutoria de esta providencia según sea el caso, incluyendo como factor salarial dentro de la base para su cálculo la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, y como consecuencia de tal reliquidación **PAGAR** debidamente actualizadas, a la fecha que se efectúe el pago, las diferencias causadas a partir del 21 de junio de 2013 y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia.

**SEXTO.- CONDENAR** a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

a lo dispuesto en el artículo 192, incisos 2 y 3, de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula matemática financiera acogida por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el 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.

**SEPTIMO.-** ORDENAR la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que a partir de la ejecutoria de esta sentencia y en adelante, para la liquidación de las prestaciones sociales del demandante, tengan como factor salarial la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013. Lo anterior, **mientras preste sus servicios a la RAMA JUDICIAL.**

**OCTAVO.-** La NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO.-** Negar las demás pretensiones.

**DECIMO.-** Sin condena en costas

**DECIMO PRIMERO.-** 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. del P, aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial<sup>38</sup>. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**HILDEBRANDO SÁNCHEZ CAMACHO**  
**JUEZ AD HOC**

<sup>38</sup> 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...”