



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, doce (12) de enero dos mil veintiuno (2021).

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 157593333002-2018-00252-00
Demandante: Carmen Beatriz González Herrera
Demandada: Nación- Fiscalía General de la Nación

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

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones:

La señora CARMEN BEATRIZ GONZÁLEZ HERRERA, por intermedio de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio GSA-30860-20570-316 de 19 de octubre de 2017 proferido por la Subdirección Regional de Apoyo Central de la Fiscalía General de la Nación, a través del cual negó la reliquidación de todas las prestaciones sociales de la actora, causadas desde el 01 de enero de 2013 en adelante, con ocasión del vínculo laboral, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y en la Resolución No. 2- 0396 de 12 de febrero de 2018, a través de la cual la Subdirectora de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, confirmó la decisión antes referida, en sede de apelación.

A título de restablecimiento solicita se condene a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a reliquidar todas las prestaciones sociales a la demandante, causadas en los años 2013 hasta la fecha y las que hacía futuro se generen con ocasión del vínculo laboral, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, también pretende que se ordene la respectiva indexación de las sumas que resulten a su favor conforme al IPC; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, finalmente que se condene a la entidad al pago de costas y agencias en derecho (*fls.13-14 arch.01 Exp*).

Es oportuno precisar que inicialmente se había establecido como pretensión el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pero esta fue desistida tal como se expuso en el respectivo auto admisorio (*fl.7-8 arch.02 Exp*).

1.2. Presupuestos fácticos:

Los hechos expuestos en la demanda, se resumen de la siguiente manera:

La señora CARMEN BEATRIZ GONZÁLEZ HERRERA ingresó a laborar en la Fiscalía General de la Nación antes de la vigencia del Decreto 0382 de 6 de marzo de 2013, sin embargo, no se incluyó la bonificación judicial en el pago de las respectivas prestaciones sociales.

La demandante, a través de apoderado judicial, radicó petición ante la Fiscalía General de la Nación solicitando la reliquidación de todas las prestaciones sociales causadas desde el año 2013 y las que se generaran a futuro con ocasión del vínculo laboral, teniendo en cuenta como factor salarial para su cálculo la bonificación judicial creada

mediante Decreto 0382 de 2013, la cual fue despachada negativamente mediante la expedición del acto administrativo contenido en el oficio GSA-30860-20570-316 de 19 de octubre de 2017 y frente al cual se interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante resolución No. 0636 de 5 de diciembre de 2017.

Señala además, que el 16 de febrero de 2018, la Subdirección Regional Central notificó a la parte demandante de la Resolución No 2 - 0396 de 12 de febrero de 2018, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación, confirmando lo resuelto frente al Derecho de Petición. (fls. 14-15 arch.01 Exp).

1.3. Fundamentos Jurídicos:

Constitucionales: artículos 2,13, 27, 53 y 150 num. 19 literales e y f.

Legales: Ley 4ª de 1992, artículo 42 del Decreto-Ley 1042 de 1978 y el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y Ley 54 de 1962.

1.4. Concepto de la violación:

Señala la demanda que el Gobierno Nacional, en virtud a las facultades Constitucionales consagradas en el Art. 150, expidió la ley 4 de 1992, cuyo Art. 2 consagra: *"El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales"*.

El Decreto 0382 de 6 de marzo de 2013, modificado por la el Decreto 022 de 2014 creó la bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, a partir de enero de 2013, por tanto, considera que los actos administrativos demandados en el *sub examine* son susceptibles del control de legalidad porque con ellos se:

1. *Omitió seguir los principios constitucionales referidos a la construcción de un orden justo.*
2. *Desobedeció el bloque de constitucionalidad y los preceptos referidos a la protección al trabajador,*
3. *Restringió con normatividad que debe ser considerada ilegal, el contenido y alcance de lo que se entiende por remuneración para todos los fines prestacionales.*

Afirmó que la bonificación judicial al ser un reconocimiento mensual implica habitualidad, lo que significa que no es una remuneración directa al servicio, por tanto es un elemento constitutivo de salario, entonces cuando el Decreto 382 de 2013 consagra: *constituirá únicamente factor salarial*, está expresando una ambigüedad, pues teniendo en cuenta el concepto de salario definido en el texto, este tiene una composición específica, que no permite dicha restricción, pues si bien se define cuáles son los emolumentos constitutivos de salario y cuáles no, mal podría decirse que existe excepción, cuando es claro que la jurisprudencia la doctrina y la ley dejaron sin vacíos dicho concepto.

Concluye aseverando que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial, pues en caso de desconocimiento se estaría actuando en contra de la constitución y la ley. (fls. 16-19 arch.01 Exp)

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación, actuando a través de apoderada, manifestó su oposición frente a las pretensiones de la demanda, para lo cual planteó como excepciones (fls.3-16 arch.03 Exp):

- *Constitucionalidad de la Restricción del Carácter Salarial*, la cual fundamentó en que eventualmente lo percibido por un trabajador puede catalogarse como salario, sin embargo, no dicho emolumento debe estar inmerso en la liquidación de las prestaciones sociales, por tanto, hace un análisis del significado de salario, a tal efecto cita un acápite jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 15 de marzo de 2017, así como varias sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para luego concluir que el legislador puede discrecionalmente determinar los factores que deben ser tenidos en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, en ese orden puede restringir los efectos salariales de un emolumento sin que ello implique la trasgresión de la Constitución.

Infiere entonces, que si bien es cierto la bonificación judicial encuadra dentro del concepto de salario, esto no es óbice para que la misma sea incluida como factor para liquidar las prestaciones sociales, finalmente precisa que la restricción de dicha bonificación no desmejora los derechos del trabajador.

- *Aplicación del Mandato de Sostenibilidad Fiscal en el Decreto 0382 de 2013*, el cual sustentó en el Art. 334 de la Constitución Política, en el acto legislativo 3 de 2011 y en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 25 de noviembre de 2014, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

Igualmente refiere el acta de acuerdo del 6 de noviembre de 2012, suscrita por el Gobierno y representantes de la Rama Judicial y de la Fiscalía General, la cual sirvió de base para la creación de la bonificación judicial, enfatizando que en ella se dispuso de una suma fija de recursos para cubrir lo acordado, y desbordar esa suma afecta el mandato de sostenibilidad fiscal, rompiendo el equilibrio entre recursos disponibles y gastos de la Nación lo que deriva en una crisis fiscal, lo anterior, con respaldo en la ley 4 de 1992.

- *Legalidad del Fundamento Normativo Particular*, sustentada en que el legislador y el Gobierno, según corresponda, son los facultados para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, en virtud de la cual se profirió el Decreto 0382 de 2013. Entonces si eventualmente se ordena la inclusión de la bonificación como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, se estaría interviniendo en las facultades asignadas a dichas ramas del poder.
- *Cumplimiento de un deber legal*, la cual fundamenta en que la Fiscalía General de la Nación ha adelantado sus actuaciones en cumplimiento de un deber legal, en el caso concreto, de lo dispuesto por el Decreto 0382 de 2013, el cual goza de legalidad.
- *Cobro de lo no debido*, fundada en que la entidad dio cumplimiento a la norma aplicable en materia salarial, por tanto, no le es dable reconocer lo que la ley no concede.
- *Prescripción de los derechos laborales*, manifestado en caso de proceder el reconocimiento pretendido, se tenga en cuenta la prescripción de los derechos exigibles con anterioridad al 06 de octubre de 2014, comoquiera que la petición fue radicada el 06 de octubre de 2017.
- *Buena fe*, principio que ha sido observado por la entidad en sus actuaciones.
- *La Genérica*, en caso que se llegue a probar alguna excepción en el proceso.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la parte demandante allegó por correo electrónico sus alegaciones finales (*arch.12 Exp*), iterando lo aducido en la demanda y haciendo alusión a jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la excepción de inconstitucionalidad.

Continuando con su análisis, se refiere a la competencia para fijar el régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación, punto en el cual señala la normatividad aplicable, y luego enfatiza en la sentencia C-132 de 1997, del mismo modo relaciona la sentencia C-681 de 2003, en la cual se declaró inexecutable la expresión *sin carácter salarial*, contenida en el art. 15 de la ley 4 de 1992.

Seguidamente se pronuncia sobre el alcance del concepto de salario, reiterando lo mencionado al respecto en el líbello introductorio, para concluir afirmando que la restricción impuesta por el Gobierno Nacional a la Bonificación Judicial, desnaturaliza la nivelación salarial ordenada en la Ley 4ª de 1992 para los servidores públicos de la Fiscalía y de la Rama Judicial, pues desconoce el principio constitucional de equidad, conforme se estableció en el parágrafo del art. 14 de la ley, considera que también desconoce el principio de remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, contenido en el art. 53 de la Constitución, que a su vez guarda intrínseca relación con el concepto de salario, el cual, además de la remuneración fija, está constituido todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especie, ingrese de manera habitual y periódica al patrimonio del trabajador, por tanto, solicita se acceda a las pretensiones.

3.2. Parte demandada

Sea lo primero indicar que dentro de la oportunidad legal la abogada de la Fiscalía General de la Nación allegó sus alegatos de conclusión (*arch.11 Exp*), en los cuales ratificó los fundamentos de derecho y las excepciones planteadas en la contestación de la demanda, para después llegar a la conclusión que la entidad demandada actuó en cumplimiento de un deber legar, al aplicar lo regulado en el Decreto 0382 de 2013 y demás normas concordantes, para culminar solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.3. Ministerio Público:

No emitió concepto.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 21 de enero de 2019 (*fls.7-8 arch.02 Exp*), el 04 de junio de 2019 se citó a las partes a audiencia inicial (*arch.05 Exp*), la cual no se realizó porque el 29 de julio de 2019 el Juez Segundo administrativo de Sogamoso se declaró impedido para conocer del medio de control, ordenando la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá, para lo pertinente. (*fls.3-4 arch.06 Exp*).

Mediante providencia de 03 de septiembre de 2019 se declaró fundado el impedimento y se dispuso realizar la designación de conjuez, por tanto en sorteo realizado el 10 de septiembre de 2019 se designó al Doctor HILDEBRANDO SÁNCHEZ CAMARGO, quien el día 05 de octubre de la misma anualidad tomó posesión del cargo dentro del presente medio de control (*fls.9-19 arch.06 Exp*).

Así, en auto de 25 de febrero de 2020 se fijó el 03 de abril de 2020 como fecha para audiencia inicial, la cual no se pudo realizar con ocasión a la suspensión de términos judiciales causada por la pandemia del Covid-19 (*arch.07 Exp*).

A través de proveído de 24 de agosto de 2020 se abstuvo de fijar nueva fecha para la realización de la audiencia inicial y se corrió traslado para alegar, por cuanto en el asunto es aplicable la sentencia anticipada, en virtud al Art. 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020. (*arch.09 Exp*)

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problemas jurídicos:

- Establecer si la demandante se encuentra cobijada por el régimen salarial y prestacional anterior al Decreto 057 de 1993, o si, por el contrario, se encuentran en el régimen acogido.

- Determinado lo anterior, se debe establecer si la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013 modificado a su vez por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016 y 1015 de 2017, constituye factor salarial para reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales de la demandante.

5.2. Tesis del Juzgado:

De conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que orientan el derecho al trabajo y la conceptualización de salario o remuneración ligado al trabajo como derecho fundamental, estima el Despacho que la Bonificación Judicial creada con el Decreto 382 de 2013, definitivamente tiene naturaleza salarial, por lo que atendiendo la excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad de conformidad al artículo 148 del CPACA, se inaplicará en el caso concreto de la aquí demandante: el aparte final del primer inciso del artículo 1° del Decreto 382 de 2013, en lo que se refiere a que la Bonificación Judicial allí instituida *“y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”* y por tanto se entenderá que la Bonificación Judicial para todos los efectos prestacionales constituye factor salarial.

En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio GSA-30860-20570-316 de 19 de octubre de 2017 y en la Resolución No. 2- 0396 de 12 de febrero de 2018, y por consiguiente se ordenará a la Nación - Fiscalía General de la Nación reliquidar todas las prestaciones sociales de la señora CARMEN BEATRIZ GONZALEZ HERERA por el tiempo en que haya devengado la Bonificación Judicial creada en el Decreto 382 de 2013 y las que a futuro se generen, en el sentido de contemplar su valor como factor constitutivo de salario para la liquidación de prestaciones sociales a que tengan derecho.

5.3. Marco normativo y jurisprudencial:

Del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación, y de la Bonificación Judicial Decreto 382 de 2013.

La Constitución Política en el artículo 150 (literal e) del numeral 19, le otorga al Congreso de la República la facultad de dictar normas generales para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, en ejercicio de esa facultad dictó la Ley 4 de 1992, que señala las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial de los empleados públicos, de los miembros del congreso y de la fuerza pública, concretamente en el artículo 1 dispuso:

"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: (...)".

Soportado en esta facultad el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 053 de 1993, mediante el cual creó un nuevo régimen salarial y prestacional para quienes se vincularán a partir de enero de 1993 a la Fiscalía General de la Nación, mientras que, para los vinculados con anterioridad a esa fecha, dispuso la posibilidad de acogerse al nuevo régimen o continuar en el que los venía rigiendo.

Así las cosas, en la actualidad en la Fiscalía General de la Nación coexisten dos regímenes salariales y prestacionales:

1. El régimen salarial y prestacional aplicable a los trabajadores vinculados antes del 1 de enero de 1993 y que no optaron por acogerse al nuevo régimen contenido en el Decreto 53 del mismo año (NO ACOGIDOS), y
2. El régimen salarial y prestacional adoptado a partir de la expedición del Decreto 053 de 1993, el cual aplica de manera obligatoria para quienes se vincularon a partir del 1º de enero de 1993, o para quienes habiendo ingresado antes de dicha fecha decidieran acogerse al nuevo régimen (ACOGIDOS).

Con relación a las prestaciones sociales de los acogidos, el Decreto 053 de 1993, dispuso en su artículo 11, lo siguiente:

"ART. 11—Los servidores públicos vinculados a la Fiscalía General de la Nación que tomen la opción establecida en este decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, capacitación y las primas y sobresueldos establecidos en los Decretos 1077 y 1730 de 1992 y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se registrarán por las disposiciones legales vigentes.

Las cesantías se registrarán por las normas establecidas en el Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las normas que lo modifiquen, adicionen o reglamenten, con excepción del pago, el cual se registrará por lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley 33 de 1985.

A los servidores públicos que tomen esta opción se les liquidarán las cesantías causadas con base en la nueva remuneración y en adelante no podrán recibir el pago de cesantías retroactivas si al momento de ejercer la opción a que se refiere el presente artículo tuvieron derecho a ellas."

Ahora bien, como resultado del paro adelantado por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación en el año 2012, tendiente a obtener la nivelación salarial ordenada por la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia acordó reconocer el derecho a una nivelación de su remuneración, en los términos de la precitada ley, a partir de la vigencia fiscal de 2013 y hasta la vigencia fiscal de 2018¹; para lo cual, el Gobierno Nacional expidió una serie de Decretos 382, 383 y 384 de 2013, en los que creó bonificaciones judiciales para servidores de la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, Justicia Penal Militar y la Dirección de Administración Judicial, de la que no fueron beneficiarios los empleados y servidores del régimen salarial de no Acogidos, a no ser que tuvieran ingresos inferiores al ingreso total anual más la

¹Así lo manifestó el Ministerio de Justicia en su página web: <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/250/Se-levanta-el-paro-judicial-tras-firma-de-acuerdo-entre-el-Gobierno-Nacional-y-los-representantes-de-los-empleados-trabajadores-y-funcionarios-judiciales.aspx>.

bonificación creada respecto de los trabajadores del régimen de acogidos que ejercen el mismo empleo².

La bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación se creó mediante el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013 en los siguientes términos:

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

El monto de la bonificación judicial ha sido reajustado mediante: Decreto 022 de 2014, “por el cual se modifica el Decreto 0382 de 2013”, Decreto 1270 de 2015, “por el cual se modifica el Decreto 022 de 2014”, Decreto 247 de 2016, “por el cual se modifica el Decreto 1270 de 2015”, Decreto 1015 de 2017, “por el cual se modifica el Decreto 247 de 2016”, Decreto 341 de 2018, “por el cual se modifica el Decreto 1015 de 2017”, Decreto 993 de 2019, “por el cual se modifica el Decreto 341 de 2018” y Decreto 442 de 2020 “Por el cual se modifica el decreto 993 de 2019”.

5.4. Sobre el concepto de salario.

Desde nuestra Constitución Política se instituye el trabajo como elemento fundante de nuestro estado de derecho (preámbulo y art. 1º), consagrándolo adicionalmente como derecho fundamental (art. 25) y ligando su protección a la garantía de unos mínimos fundamentales (art. 53) entre los que se cuenta la remuneración, que en voces de la carta debe ser mínima vital, móvil y proporcional a la calidad y cantidad de trabajo; en tal entendido debe partirse de que el salario, es de un componente primordial ligado inescindiblemente al derecho al trabajo como derecho fundamental.

Por otra parte, el Convenio 95 de la OIT de 1949 “sobre la protección del salario” lo define en los siguientes términos:

“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”.

Se infiere entonces que, la determinación de dineros que constituyen salario no necesariamente corresponde con disposiciones legales o contractuales, sino que debe concretarse de una valoración de cada caso particular, al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996, realizó control de constitucionalidad respecto de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, señaló:

“En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que

²DECRETO 382 DE 2013, Artículo 2º. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.”

En sentido semejante se han pronunciado, tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado, donde se tocan asuntos de carácter laboral.

En materia contencioso administrativa resulta relevante lo señalado por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) proferida dentro del proceso con radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), donde era demandante Luis Mario Velandia y demandada la Caja Nacional de Previsión Social; donde se señala:

“(…) 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.”³ (Subraya fuera del texto original)

En este mismo sentido encontramos providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del primero (1) de agosto de dos mil trece (2013), bajo el radicado número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), señala:

“Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios. Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”

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.

³ Al respecto también es menester tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 50 de 1990, que sobre los elementos integrantes del salario dispone en su artículo 14: “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.**” (Negrilla fuera del texto original). Tal norma fue referida precisamente por el Consejo de Estado en la providencia en cita, así como el Decreto 1042 de 1978, “**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**”, donde también se establece: “Artículo 42º.- 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.**”

5.5. De las Excepciones de Inconstitucionalidad e Ilegalidad

5.5.1. 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.”⁴ (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 1992⁵ 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”*.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-132 del 13 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Alexei Julio Estrada.

⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

En el sentido jurídico que aquí busca relieves, 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 existe⁶.

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.(…)”⁷.

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 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 (...)”⁸

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 repute 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:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Radicación 1999 del 20 de Mayo de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

“(...) 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. (...)”⁹.

“(...) 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. (...)”¹⁰.

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 (...)”¹¹

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:

“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.”¹²

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 acápite 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

⁹ Corte Constitucional. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

están en la práctica reproduciendo "el contenido material del acto declarado inexecutable". (...) ¹³.

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.

5.5.2. 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 ¹⁴. 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 ¹⁵.

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" ¹⁶.

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." ¹⁷ (Negrilla fuera de texto).

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Entendida como la facultad de inaplicar un acto administrativo (u otra norma de inferior jerarquía) por ser contraria a la ley.

¹⁵ Con excepción de los jueces por las razones que se anotarán más adelante.

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia Sección Cuarta. Rad 5996 del 14 de julio de 1995. Consejero Ponente. Delio Gómez Leyva.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000 del 26 de enero de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

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.

Bajo este marco normativo, el Despacho pasa a resolver la presente controversia.

6. CASO CONCRETO

De acuerdo con el acervo probatorio, el Juzgado encuentra acreditados los siguientes aspectos:

- La señora CARMEN BEATRIZ GONZALEZ HERRERA ha prestado sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el 01 de julio de 1992, estando activa en la institución, cuyo último cargo desempeñado a octubre de 2017, es Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito. (fl. 36 arch.01 Exp).

- La demandante presta o prestó servicios a la Fiscalía General de la Nación, percibiendo la bonificación Judicial creada por el Decreto 382 de 2013, tal como se acredita con el certificado de devengados y deducciones generado para el periodo comprendido entre enero de 2014 a septiembre de 2017 (fl. 37-40 arch.01 Exp)

- La demandante, por intermedio de su apoderado, presentó derecho de petición ante la Fiscalía General de la Nación-Seccional Boyacá el **06 de octubre de 2017**, solicitando la reliquidación de sus prestaciones sociales causadas desde el año 2013 a la fecha de radicación del escrito y las que se generen a futuro, tomando como factor salarial la bonificación judicial creada mediante el Decreto 382 de 2013. (fl. 24-26 arch.01 Exp)

- A lo anterior, la Subdirectora Regional Central Seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta mediante el Acto Administrativo contenido en el Oficio GSA-30860-20570-0316 de 19 de octubre de 2017, en el que negó la petición (fl. 27-33 arch.01 Exp), al considerar que la entidad simplemente liquida y paga de acuerdo a lo establecido en el Decreto 0382 de 2013, acatando las disposiciones y normas que rigen al respecto. Decisión que fue confirmada en sede de apelación por la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía mediante Resolución No. 2 0396 de 12 de febrero de 2018 (fl. 47-52 arch.01 Exp).

- La actora se encuentra acogida al régimen laboral y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, según se infiere de los devengados y deducidos expedidos por la entidad demandada, comoquiera que no se le ha reconocido pago alguno por concepto de primas de antigüedad, asensorial, capacitación y demás primas y sobresueldos establecidos por los Decretos 1077 y 1730 de 1992 y cualquier otra sobre remuneración, circunstancia que denota su acogimiento al Decreto 53 de 1993, tal como lo señala el art. 11 *ídem*. (fl. 37-40 arch.01 Exp).

Examinado lo anterior, se evidencia que no existe discusión con relación a los supuestos facticos jurídicamente relevantes para la solución del caso, esto es, que la señora CARMEN BEATRIZ GONZÁLEZ HERRERA está o estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación, prestando sus servicios en la Seccional Boyacá con posterioridad al 1 de enero de 2013, que devengó la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013 mensualmente, y que la misma no ha sido tenida en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales.

El Despacho advierte que, atendiendo a lo expuesto en precedencia como marco normativo y jurisprudencial la bonificación judicial instituida mediante el Decreto 382 de 2013, es una remuneración percibida de manera habitual y periódica, que por demás no se encuentra ligada a factor diferente a la prestación efectiva del servicio, por lo que debe partirse de que se trata de un factor de naturaleza salarial, a lo que se añaden dos circunstancias que lo ratifican, una de ellas, que esta suma sea considerada para efectos de descuentos en materia de salud y de pensiones, y otra, que haya sido publicitada por el Gobierno como materialización de nivelación salarial en cumplimiento de disposiciones de la Ley 4 de 1992.

Por lo anterior, se considera que esta remuneración, al corresponder a una retribución económica de los servicios prestados por los servidores que la devengan, debe ser entendida como salario con todos los efectos jurídicos que se le aparejan.

Análisis diferente implicaría aceptar, sin justificación plausible que el Estado de manera discrecional puede determinar que sumas constituyen o no salario respecto de sus empleados y funcionarios, en desconocimiento de los desarrollos jurisprudenciales traídos a colación líneas atrás, que nos indican que la naturaleza salarial de un emolumento devengado por el trabajador dentro de una relación laboral, no depende de la nominación que del mismo hagan los sujetos de la relación, ni un texto legal, sino que está sujeto a los principios que orientan el derecho laboral, desde la Constitución Política (art. 53) y los Instrumentos Internacionales del Trabajo (Convenio 095 de la OIT de 1949), de los que se concluye que todo lo recibido por el trabajador como retribución directa del servicio constituye salario.

En virtud a lo expuesto, con relación a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, referente a que la Bonificación judicial allí creada, “(...) *constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*”, se observa que esta disposición no es óbice para desconocer el carácter salarial de dicha bonificación, en el entendido que toda remuneración ligada a la prestación del servicio independiente de su denominación constituye salario, como materialización del carácter propio del derecho del trabajo, respecto de la parte que se encuentra en desventaja en la relación laboral.

Por lo que, en el caso concreto, la aplicación de esa disposición comporta que, al momento de liquidar prestaciones sociales con base en lo percibido por concepto de salario, no se esté teniendo en cuenta la bonificación judicial, a pesar de ser una retribución directa del servicio, tratándose de un factor de naturaleza salarial, por lo que la demandante viene devengando prestaciones sociales inferiores a las que legalmente les corresponden.

Se concluye entonces que 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 382 de 2013, resulta abiertamente contraria al ordenamiento constitucional y legal, pues al referirse a una bonificación que se devenga mensualmente (habitual y periódica) y que remunera directamente la prestación del servicio (esto es que constituye salario), de la cual se hacen deducciones a la actora para aportar al sistema general de seguridad social en salud y en pensiones, pretendiendo que la misma no tenga los efectos propios de un

factor salarial en la liquidación de prestaciones en favor de los trabajadores que la perciben, resta efectos salariales a un concepto que indiscutiblemente los tiene, sin que esa determinación sea de resorte de la administración, (ni siquiera, del legislador) pues como se estableció con anterioridad la naturaleza salarial de un emolumento está dada por su origen *como contraprestación del servicio prestado* y no por disposición de las partes o de un texto legal; por lo que su aplicación en el caso concreto desconoce principios orientadores del derecho laboral que protegen el salario como materialización del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, la entidad demandada argumentó que el Decreto 382 de 2013 debe aplicarse mientras no sea declarado nulo, o se condicione su interpretación en el entendido de que la bonificación no debe ser contemplada como factor salarial más que para determinar bases de cotización en salud y en pensiones, pues se mantiene vigente y se presume su legalidad.

Sobre esta postura, atendiendo a lo antes expuesto el Despacho estima que de conformidad con los principios que orientan el derecho laboral y de la consideración del salario como materialización del derecho al trabajo como fundamental, no es admisible que por fuentes formales de derecho se desnaturalice el carácter salarial de emolumentos percibidos por el trabajador con ocasión de sus servicios subordinados.

7. SOBRE LAS EXCEPCIONES

Como se advirtió en el numeral 2 de esta providencia, la entidad demandada propuso las siguientes excepciones, *Constitucionalidad de la Restricción del Carácter Salarial, Aplicación del Mandato de Sostenibilidad Fiscal en el Decreto 0382 de 2013, Legalidad del Fundamento Normativo Particular, Cumplimiento de un deber legal, Cobro de lo no debido y Buena fe*, las cuales de acuerdo a lo expuesto en precedente no tiene vocación de prosperar.

Ahora bien, en lo que atañe a la *prescripción de los derechos laborales*, se tiene que los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁸ y 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁹ (reglamentario del primero), establecen 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, término que se interrumpe por un lapso igual con la presentación del respectivo reclamo por escrito ante la entidad competente.

Con base en lo anterior, 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 la demandante fue radicada el **06 de octubre de 2017** (fl. 24-26 arch.01 Exp), encuentra el Juzgado que **operó el fenómeno extintivo de la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 06 de octubre de 2014**, en consecuencia la excepción propuesta se declarará fundada.

8. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas según las normas del CGP, el cual, a su turno, en el numeral 8 del artículo 365 establece que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se*

¹⁸ «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.»

¹⁹ «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.»

causaron y en la medida de su comprobación”. De acuerdo a lo anterior, la imposición de costas no es meramente objetiva, sino que concierne al juez evaluar la conducta procesal de la parte vencida.

Así, en el caso concreto, el Despacho se abstendrá de la imposición de costas a la parte vencida, Nación – Fiscalía General de la Nación-, al encontrar su conducta desprovista de acciones temerarias o dilatorias dirigidas a obstaculizar el decurso normal del proceso²⁰. Adicionalmente, se declaró probada la excepción denominada *prescripción de los derechos laborales* y en consecuencia prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el suscrito Conjuez Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. – Declarar probada la excepción de *prescripción de los derechos laborales*, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es el derecho reclamado con anterioridad al **06 de octubre de 2014**.

SEGUNDO. - Inaplicar por inconstitucional e ilegal para este 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 artículo 1° del Decreto 382 de 2013 y demás decretos modificatorios, con base en la consideración realizada en la parte motiva de la providencia.

TERCERO. - Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Oficio GSA-30860-20570-316 de 19 de octubre de 2017 proferido por la Subdirección Regional de Apoyo Central de la Fiscalía General de la Nación, a través del cual negó la reliquidación de todas las prestaciones sociales de la actora, causadas desde el 01 de enero de 2013 en adelante, con ocasión del vínculo laboral, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial.

Resolución No. 2- 0396 de 12 de febrero de 2018, proferida por la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la decisión antes referida.

CUARTO. - Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación - Fiscalía General de la Nación, reliquidar a la señora CARMEN BEATRIZ GONZALEZ HERRERA, identificada con C.C No. 24.047.520, todas las prestaciones sociales devengadas incluyendo la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013, con sus correspondientes ajustes, y pagar debidamente actualizadas las diferencias que se hayan generado como consecuencia de la reliquidación, lo anterior, **a partir del 06 de octubre de 2014** y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, atendiendo el fenómeno jurídico de la prescripción.

QUINTO. - Ordenar a la Nación - Fiscalía General de la Nación- que a partir de la ejecutoria de esta sentencia y en adelante, tenga como factor salarial para la demandante la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013, hasta la terminación de su vínculo con la entidad.

²⁰ En este sentido puede consultarse: Consejo de Estado, sentencia del 19 de enero de 2017, radicación N° 54001-23-33-000-2012-00180-1 (1706-2015) Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter

SEXTO- Las sumas que se reconozcan a favor de la demandante serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

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

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.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada diferencia que resulte a favor de la demandante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

SEPTIMO. - Disponer que este fallo se cumpla dentro de los términos y formas establecidos en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO. - Sin condena en costas, según las razones expuestas en este proveído.

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. del P, aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A.. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase



HILDEBRANDO SÁNCHEZ CAMACHO
Conjuez

LP/J