CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

SALA DE CONJUECES
CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

Bogotá D. C., 12 FEB 2019

Referencia:	**Expediente N° 17001230000201000045 01**
Número interno:	**1029-2016**
Demandante:	**Astrid Arboleda Fernández**
Demandado:	**Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**
Proceso:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Procede la Sala de Conjueces a proferir sentencia de segunda instancia en la que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 4 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la cual se resolvió en forma favorable a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ en contra de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, presentada el día 12 de febrero de 2010 (folios 23 a 52), tendiente a declarar la nulidad del Oficio DEAJ09-17767 del 5 de octubre de 2009, que resuelve no acceder a la petición del actor formulada por escrito el día 8 de septiembre de 2009.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó (i) condenar a la demandada a reconocer, reliquidar y pagar la diferencia entre el valor percibido y la **bonificación por compensación** consagrada en el Decreto 610 de 1998, es decir, el 80% de los ingresos salariales de los magistrados de las Altas Cortes, a partir del 1° de enero de 2001; (ii) en el numeral tercero de las peticiones se solicita reconocer las primas de servicios y toda otra prestación; (iii) en el numeral cuarto pide que se incluya "la prima especial de servicios contenida en el Decreto 10 de 1993 que

desarrolló el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992; (iv) actualizar las sumas adeudadas, indexadas hasta la fecha de pago.

Se señala de paso que hubo necesidad de reconstruir el expediente, ya que éste se extravió en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas (folios 88 a 91).

1.2. La contestación de la demanda

La entidad demandada contestó la demanda el 29 de marzo de 2011 (folios 69 a 82), y allí solicita el rechazo de las pretensiones con base en el argumento según el cual ella actuó de conformidad con el marco legal vigente. Agrega que la demandante suscribió un contrato de transacción con el Estado, para acogerse al Decreto 4040 de 2004, en el que renunciaba a demandar, y fue sobre esta base que la entidad demandada liquidó y realizó pagos a favor de la actora, pues en su calidad de autoridad administrativa no cuenta con la facultad de no cumplir las leyes.

1.3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Conjueces, a través de sentencia del 4 de diciembre de 2015 (folios 124 a 144), decidió declarar la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó condenar a la parte demandada a lo siguiente:

a) Reconocer y pagar al demandante la bonificación por compensación equivalente a la diferencia entre el 80% de lo que por todo concepto devengan los magistrados de las altas cortes, entre "el 01 de enero de 2005 y el 27 de mayo de 2006".
b) "NEGAR la pretensión caminada a obtener el reconocimiento y pago de la Prima Especial de Servicios".
c) Actualizar las sumas conforme al IPC certificado por el DANE.
d) Dar "cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en la Ley 1137 de 2011".

1.4. El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, tanto sobre el fondo del asunto como sobre la prescripción trienal.

1.5. La audiencia de conciliación

El 29 de febrero de 2016 se realizó la audiencia de conciliación (folios 167-168), de que trata el art. 192 inciso cuarto de la Ley 1437 de 2011, la cual se declaró fallida.

1.6. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público intervino en el proceso el 2 de noviembre de 2018 (folios 190 a 199), por conducto de la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia, "pero modificando el numeral segundo en el sentido de que el período a ajustar, esto es, desde el 1 de enero de 2001 hasta el 27 de mayo de 2009".

2. CONSIDERACIONES[1]

2.1. Nota preliminar

El Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos. En este caso, una vez arribado el expediente al Consejo de Estado e ingresado por reparto a Despacho, los miembros de la Sección Segunda, por Auto del 9 de febrero de 2017 (folio 170), se declararon impedidos para conocer de este proceso, con fundamento en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, consistente en tener interés "directo o indirecto en el proceso", por la naturaleza del tema involucrado. Luego se aceptó el impedimento y se ordenó el sorteo de conjueces, a los cuales se les asignó la sustentación y fallo de este proceso. Esta Sala de Conjueces procede de conformidad.

2.2. El problema jurídico

En esencia el debate jurídico gira en torno a la pregunta: ¿tiene derecho ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ al reajuste salarial solicitado, consistente en la diferencia entre el valor reconocido por la demandada y el valor que resultaría de reconocerle la **bonificación por compensación** consagrada en el Decreto 610 de 1998, equivalente al 80% de los ingresos salariales de los magistrados de las Altas Cortes? Y, en caso afirmativo, ¿desde cuándo?

---

[1] La metodología aquí empleada para presentar los argumentos de la Sala sigue las pautas contenidas en el libro de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla": "Argumentación judicial: construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas". Bogotá, 2008. Asimismo se tiene en cuenta el "Manual de Escritura Jurídica", publicado en agosto de 2018 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.3. La argumentación de la Sala

La argumentación de la Sala de Conjueces, que será breve porque reitera el actual estado del arte de la solución para casos similares, seguirá este orden expositivo: primero, se recordará cuál es la tesis jurisprudencial vigente sobre la bonificación por compensación; y segundo, se estudiará el caso concreto.

2.3.1. La jurisprudencia vigente sobre bonificación por compensación

En este caso se acogen las conclusiones expuestas en la sentencia del 21 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sección Segunda, en la que se afirmó[2]:

1. *"El Gobierno Nacional expidió el Decreto 610 de 1998, mediante el cual estableció la* ***bonificación por compensación*** *con el fin de cerrar la brecha salarial entre magistrados de Alta Corte y el resto de funcionarios del sector judicial, o sea con base en el principio de igualdad. Esta bonificación consiste en un ajuste de carácter permanente que, sumado a los ingresos laborales del beneficiario, aproxima su salario en términos porcentuales (hoy el 80%) a lo que por todo concepto laboral perciben los magistrados de Alta Corte.*

2. *El Decreto 610 de 1998 ha sido dos veces afectado por normas jurídicas (la primera vez por derogatoria – afectó su vigencia - y la segunda vez por simultaneidad – afectó su aplicación-) y dos veces ha renacido por sentencias judiciales, de manera que hoy está vigente, es el régimen único sobre la materia y su cumplimiento es obligatorio por parte de todas las autoridades, tanto administrativas como judiciales.*

3. *La prescripción laboral es de tres años y se cuenta así: primero, hay que tener presente que entre las fechas de expedición y de anulación del Decreto 4040 (nació el 3 de diciembre de 2004 y murió para el mundo jurídico el 27 de enero de 2012, o sea que rigió 7 años, 1 mes y 24 días), hubo dos regímenes simultáneos (el del Decreto 4040 y el del Decreto 610). Ello generó durante esos años una confusión e inseguridad normativa, que más tarde la jurisprudencia de la Sala de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido solucionando. Y hoy se cuenta con una jurisprudencia unificada (sentencias del 10 de octubre de 2013 y del 18 de mayo de 2016), según la cual la coexistencia temporal de estos dos Decretos implica que la prescripción trienal no inicia su conteo durante el tiempo en que hubo dualidad de regímenes, en el cual por tanto opera una especie de amnistía temporal a favor del trabajador, por el principio de favorabilidad.*

---

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjueces, M.P. Néstor Raúl Correa Henao, expediente N° 05001233100020120075O 01, Número interno 0263 – 2016, del 21 de agosto de 2018.

Durante los años en que coexistieron los dos regímenes no fue claro si el derecho era o no exigible, pues estaba en discusión. Y la factura de cobro de esa duda no se le puede pasar al trabajador, sino que el Estado tiene la obligación de asumir el costo de la confusión que él mismo creó, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa.

4. *A partir del día 3 de diciembre de 2004, fecha en la cual se expide el Decreto 4040, es exigible el derecho a la bonificación por compensación, abstracción hecha de la fecha en que se formuló la solicitud de pago, a condición de que para entonces el demandante ya fuese magistrado.*

5. *En el evento en que el funcionario se hubiese vinculado como magistrado en una fecha posterior al día 3 de diciembre de 2004, él tendría derecho al reconocimiento de la bonificación por compensación a partir del día de la posesión, no antes, pues no se puede ser beneficiario de una prestación propia de un cargo que para entonces no se tenía.*

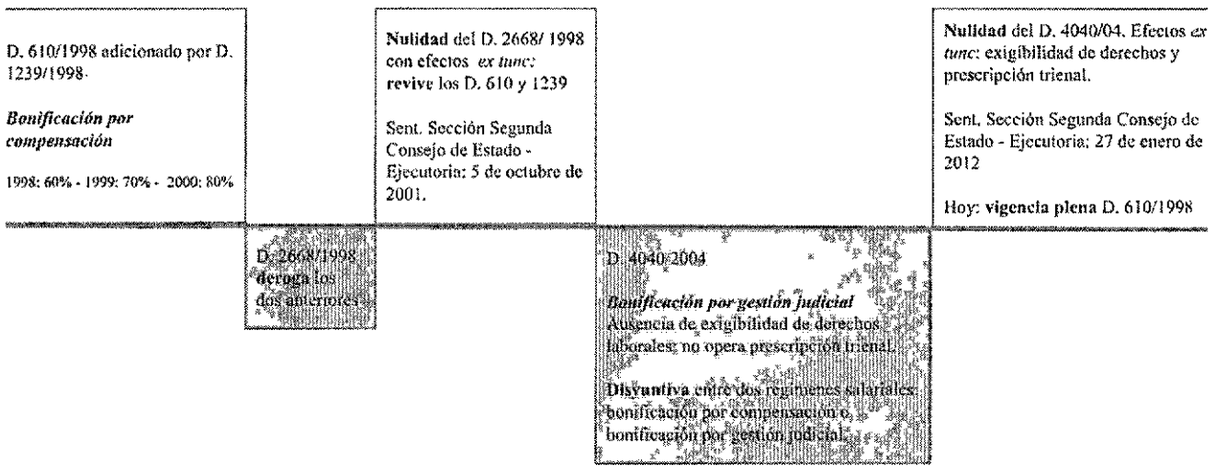
6. *Por otra parte, respecto de la prima especial de servicios consagrada en el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, ella ya está incluida en la liquidación de la bonificación por compensación, porque el techo del 80% ya la comprende, de manera que no es necesario reconocerla ni pagarla de nuevo.*

7. *En cada caso concreto es necesario establecer la fecha de vinculación como magistrado del servidor público y la remuneración recibida; y a partir de ésta identificar su eventual diferencia respecto del 80% de los ingresos que por todo concepto reciben los magistrados de Alta Corte, diferencia que debe ser reconocida y pagada, a valor presente.*

8. *Estas conclusiones configuran el actual estado del arte de la situación y consolidan una línea jurisprudencial que es de obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos del país, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y en la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional".*

En la misma sentencia citada se presenta en una gráfica, para una fácil visualización de la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido en Colombia la bonificación por compensación, así:

Bonificaciónón por compensación – Evolución normativa y jurisprudencial



De otro lado, tiene también establecido la jurisprudencia que la bonificación por compensación debe ser excluida como factor para liquidar las prestaciones sociales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1° del Decreto 610 de 1998.

2.3.2. El caso concreto

Probado está en el expediente, respecto de ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ:

- Que trabajó como magistrada del Tribunal Administrativo del Chocó desde el 12 de junio de 1995 hasta el 17 de junio de 1997 y como magistrada del Tribunal Administrativo de Caldas a partir del día siguiente, 18 de junio de 199, hasta el 27 de mayo de 2006, cuando se retiró porque obtuvo su pensión de jubilación.

- Que percibe como remuneración el 70% de lo que devengan los magistrados de las Altas Cortes, con base en la bonificación por gestión judicial consagrada en el Decreto 4040 de 2004, a la cual se acogió.

- Que el día 8 de septiembre de 2009 solicitó el reconocimiento del pago de la bonificación por compensación.

Atendiendo a la argumentación arriba expuesta, se concluye lo siguiente:

Primero, ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de **la bonificación por compensación** consagrada en el Decreto 610 de 1998, o sea al 80% de lo que por todo concepto salarial recibe un magistrado de Alta Corte, por haberse desempeñado como magistrada de tribunal.

Segundo, ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ tiene derecho en consecuencia a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, **desde el día 3 de diciembre de 2004,** fecha en que se expide el Decreto 4040 de 2004 y fecha hasta la cual se extiende la amnistía de la prescripción, **y hasta el 27 de mayo de 2006,** fecha de su retiro del cargo.

Si bien la prescripción fue interrumpida por el derecho de petición ejercido el día 8 de septiembre de 2009, o sea que los tres años hacia atrás se remontarían hasta el 8 de septiembre de 2006, para este año 2006 estaba vigente el Decreto 4040 de 2004, durante el cual nó corría la prescripción, como se anotó en la jurisprudencia citada. En otras palabras, la demandante se béneficia de una extensión de su derecho a la bonificación por compensación, por el principio de favorabilidad de los derechos del trabajador, de que trata el art. 53 de la Constitución.

Por lo tanto la fecha de inicio del reconocimiento de la bonificación por compensación no es la que indica la sentencia de primera instancia (2005), ni la que solicita la Procuraduría (2001), sino el 3 de diciembre de 2004, como se anotó. En este punto, por tanto, la sentencia apelada será modificada, pero en lo esencial ella será confirmada en la parte resolutiva de esta providencia.

Tercero, hizo bien la sentencia de primera instancia en negar el reconocimiento de la prima especial de servicios, por las razones que allí juiciosamente se exponen. En efecto, la prima especial de servicios ya está incluida en el 80% de los ingresos que por todo concepto recibe un magistrado de Alta Corte. De volverse a reconocer esta prima especial, se podría llegar al caso en que un magistrado de tribunal llegase a devengar hasta un 110% de lo que recibe un magistrado de Alta Corte, lo cual no es acorde con la idea de justicia que inspiró la expedición de la Ley 4 de 1992 y sus decretos posteriores: la idea era cerrar la enorme brecha salarial que había entre un magistrado de Alta Corte y un magistrado de tribunal, por razones de justicia. Esa justicia es un valor fundante del Estado social de derecho y le da sentido a la dignidad humana. Pero esa idea de justicia nunca se entendió en el sentido de que un magistrado de tribunal no sólo cerrara la brecha salarial respecto de un magistrado de Alta Corte, sino que pasara de largo y llegase al extremo de superar dicha remuneración. Por cerrar una brecha, abría otra, pero en sentido contrario. En otras palabras, **"el 80% es un piso y un techo": un magistrado no debe devengar ni un peso menos ni un peso más del equivalente al 80% del ingreso que por todo concepto reciba un magistrado de Alta Corte.**

Cuarto, las diferencias porcentuales reconocidas serán indexadas tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor certificada por el DANE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., modificado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, a saber:

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

En esta fórmula el valor presente (**R**) se determina multiplicando el valor histórico (**R.H.**), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de la bonificación por compensación desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de tomar el **índice final** de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y dividirlo luego por el **índice inicial** que es el vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, esta fórmula se aplicará separadamente, mes a mes, comenzando desde la fecha de su causación.

Esta Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, porque no se aprecia una mala fe o una deslealtad procesal de la demandada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Conjueces de la Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 4 de diciembre de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas accedió a las pretensiones de la demanda presentada por ASTRID ARBOLEDA FERNÁNDEZ en contra la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia.

SEGUNDO.- ACLARAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la bonificación por compensación deberá ser reconocida y pagada **desde el día 3 de diciembre de 2004** y **hasta el día 27 de mayo de 2006**.

TERCERO.- ORDENAR a la parte demandada que le dé cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de

2011, o sea dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de esta providencia, para lo cual deberá proferir una resolución mediante la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento.

CUARTO.- NO CONDENAR en costas.

Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Caldas, una vez esta sentencia se encuentre ejecutoriada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
Conjuez Ponente

JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA
Conjuez

PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ
Conjuez