



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: EDITH NATALIA BUITRAGO CARO
DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA.
RADICACIÓN: 15001333301520170014900

Al no existir vicios o causal de nulidad que invaliden lo actuado, el Despacho procede a proferir sentencia de primera instancia, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

1. LA DEMANDA¹

1.1. Pretensiones:

La parte demandante, solicitó se inaplique por ilegal e inconstitucional los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2018, 1024 de 2013 y 194 de 2014

La nulidad del oficio DESTJ16-3048 del 08 de noviembre de 2016, así como del acto ficto o presunto que se configuró ante la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto en contra del precitado oficio.

A título de restablecimiento solicitó; i) la liquidación y pago de las prestaciones sociales durante el tiempo que se ha desempeñado como Juez de la Republica desde el mes de noviembre de 2013 a la fecha y en lo sucesivo teniendo como base el 100% de la remuneración fijada por el Gobierno Nacional, debiéndose incluir el 30% que ilegalmente no ha sido tenido en cuenta, ii) la liquidación y pago de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como emolumento adicional al salario durante todo el tiempo que se desempeñó como Juez de la Republica en un porcentaje no inferior al 30% ni superior al 60% del salario, iii) subsidiaria de la anterior la liquidación y pago de la diferencia del 30% del salario durante todo el tiempo que se desempeñó como Juez de la Republica, iv) liquidar y pagar las prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial como factor salarial, v) el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la diferencia que resulte en las cesantías, vi) la indexación de las sumas reconocidas con forme al IPC, vii) el pago de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A., y viii) la condena en costas y agencias en derecho.

¹ Fs. 2-13

1.2. Presupuestos fácticos:

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

- Que la demandante ha venido prestando sus servicios a la Rama Judicial como Juez de la Republica, desde el año 2013 a la fecha de presentación de la demanda, se indica.
- Durante su vinculación como Juez de la Republica, su salario y prestaciones sociales fueron liquidados con el 70% de la asignación básica mensualmente fijada, tomándose el 30% como la prima especial misma.
- Que mediante petición radicada el 16 de septiembre de 2016, solicitó ante la demandada, el reconocimiento del derecho que hoy reclama en sede judicial la cual fue resuelta negativamente mediante oficio DESTJ16-3048 del 08 de noviembre de 2016.
- Ante la respuesta negativa, el 18 de noviembre de 2016, radicó recurso de apelación en contra del oficio DESTJ16-3048 del 08 de noviembre de 2016, sin que la demandada haya emitido respuesta al respecto.

1.3. Fundamentos Jurídicos:

Constitucionales: preámbulo, artículos 1, 2, 13, 25, inciso segundo del artículo 53 y 83.

Legales: Artículo 2 literal a) y 14 de la Ley 4ª de 1992, 157-7 de la Ley 270 de 1996 de 1996, 143 del C.S.T. y Convenio de la OIT N° 95 de 1949. - Artículo 14 Ley 4ª de 1992, y Decretos reglamentarios; 57 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 44 de 1999, 2740 de 2000, 1475 de 2001, 2720 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014.

1.4. Concepto de la violación:

En conclusión de su transcripción normativa, señala que la precitada prima especial, goza de entidad y naturaleza propia, siendo concebida como un valor adicional al salario. Y trae a colación la sentencia del 29 de abril de 2014 del Consejo de Estado, por medio de la cual se declaró la nulidad de los decretos reglamentarios entre el año 1993 y 2007.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

² Folios 50-57.

La entidad demandada, indicó que se opone en forma rotunda a todas y cada una de las pretensiones incoadas, declaraciones y condenas que sean contrarias a la entidad.

Indicó que de conformidad con lo señalado en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, 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 las anteriores facultades, el Congreso de Colombia expidió la Ley 4º de mayo 18 de 1.992, mediante la cual faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los servidores públicos de la Rama, para lo cual tiene en cuenta principios como: la sujeción al marco general de la política macro económica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos 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.

Señaló que de acuerdo con lo establecido en la Ley 4, la facultad para fijar las remuneraciones para los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, es decir que es éste el que basado en criterios propios, determina dichas remuneraciones, para lo cual citó y transcribió apartes de la ley 4 de 1992, artículo 14, modificado por la Ley 332.

Sostuvo que la prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación y que aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

Manifestó que en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1.992, el Gobierno Nacional expide anualmente los Decretos sobre régimen salarial y prestacional, entre otros, de los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, los que son expedidos de manera independiente con consecuencias jurídicas diferentes ya que su aplicación va dirigida a distintos servidores públicos, y que los servidores de cada una de las entidades en mención, tienen definido su propio régimen salarial y prestacional en los decretos correspondientes expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, los cuales resultan incompatibles entre sí.

Refirió que por mandato expreso de la Ley 4 de 1992 artículo 14, la prima especial, no tiene carácter salarial, situación reiterada en los distintos Decretos salariales aplicables a los servidores de la Rama Judicial, lo que significa que dicho porcentaje no constituye factor de salario para la liquidación y pago de las primas de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados.

Reiteró que la prima especial "sin carácter salarial" establecida por el Gobierno Nacional a través de los Decretos salariales, entre otros para, los Magistrados y Jueces de la República, tiene sustento legal en el artículo 14 de la ley 4 de 1992 y no contradice los mandatos constitucionales, toda vez que la propia Constitución faculta al legislador para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, de ahí que tenga la libertad para establecer que determinadas prestaciones sociales se liquiden sin consideración al monto total del salario, es decir, que cierta parte del ingreso no constituya factor para ciertos eventos, como es el caso de la prima especial, para lo cual citó y transcribió jurisprudencia.

Arguyó que en jurisprudencia que cita el demandante del Consejo de Estado, en donde declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 38 de enero 8 de 1999, es una disposición aplicable únicamente a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación allí relacionados y no a los de la Rama Judicial, e insistió que el nuevo régimen salarial y prestacional para estos últimos servidores, dentro de los cuales se encuentran incluidos los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República ha sido establecido por el Gobierno Nacional a través de los Decreto 57 de enero 7 de 1993 y los que lo han sustituido, sobre el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, Decretos que gozan de la presunción de legalidad y que son de obligatorio cumplimiento, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Indicó que respecto de los fallos del Consejo de Estado, uno de ellos proferido dentro de procesos de nulidad simple sobre interpretación y aplicación de normas destinadas a la Fiscalía General y otros en ejercicio de la acción de nulidades y restablecimiento del derecho a favor de servidores de la Fiscalía General de la Nación, precisó que las disposiciones anuales mediante las cuales el Gobierno Nacional fija las escalas salariales y prestacionales de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, no se aplican a los empleados y funcionarios adscritos a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, ni a los de sus Direcciones Seccionales, porque para estos cada año el Gobierno también expide los decretos correspondientes, junto con los demás en los que fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, conforme lo establece la Constitución Política, para lo cual citó y transcribió jurisprudencia.

Concluyó que, la prima especial a que tienen derecho los Jueces y Magistrados de la República, entre otros, conforme lo establecen normas especiales como el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y los respectivos artículos de los Decretos salariales no tiene carácter salarial, y que para las vigencias fiscales que solicita la demandante, han regido respectivamente los Decretos 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011 y 874 de 2012, para lo cual transcribió lo pertinente de las normas.

Añadió que el artículo 6 del decreto 618 de 2007 fue declarado NULO, con los efectos previstos en la parte motiva de la sentencia proferida por el Consejo de

Estado, Sección Segunda, Expediente No. 1686-07 de 29 de abril de 2014, Conjuez Ponente Dra. María Carolina Rodríguez Ruíz.

Precisó que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como Autoridad Administrativa no tiene la facultad para interpretar las leyes e inaplicarlas en tanto estén vigentes, en razón a que son los Jueces en sus respectivos fueros, a través de sus sentencias los que tienen tal facultad, a diferencia de la autoridad Administrativa que únicamente está sometida a su imperio y debe darle estricto cumplimiento.

Finalizó expresando que, no es viable efectuar la reliquidación y pago de las diferencias surgidas de la aplicación de la Ley 4 de 1992 y los Decretos salariales anuales, pues de hacerlo, implicaría desacatar el ordenamiento legal vigente, toda vez que como se señaló, mediante las facultades conferidas por la mencionada Ley, el Gobierno Nacional está expresamente facultado para expedir los Decretos salariales contando para ello con la potestad de determinar que el 30% de la remuneración mensual sea considerada prima especial, sin carácter salarial advirtiendo que la expresión "sin carácter salarial", se hace extensiva, entre otras, para los Jueces de la República y por lo tanto no contradice los mandatos constitucionales y legales.

Por lo anterior solicita la exoneración de toda responsabilidad a la entidad.

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.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante (fl 119-122).

Reitero su dicho en los fundamentos esgrimidos en la demanda, al señalar que la precitada prima especial es un incremento que se debe añadir al salario y no restarlo de este, que como ha venido pagando la administración se ha restado del salario de la demandante un equivalente al 30% que ha sido computado como la prima especial, afectando de manera clara no solo su salario, sino las prestaciones sociales. Concluyendo que en razón a que existe una diferencia en las cesantías por la diferencia que se pagó como prima especial, se debe reconocer la sanción moratoria.

3.2. Parte demandada (fl 90-96).

Guardo silencio..

3.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

4. TRÁMITE PROCESAL

Admitida la demanda (fl. 34-35), surtidas la etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, (fl. 94-97), concluido el debate probatorio y efectuado el traslado de alegatos de conclusión (fs. 117-118), resta emitir el fallo que en derecho corresponda.

Admitido el impedimento del titular del despacho, por el Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 130-132), y designación como Juez Ad – Hoc al suscrito (fls. 134-135), se procede a emitir la sentencia que en derecho corresponda.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problemas jurídicos:

En la fijación del litigio realizada en audiencia inicial el 28 de septiembre de 2018, se consignaron los siguientes:

- ¿Se debe inaplicar ilegal e inconstitucional los decretos por medio de los cuales el Gobierno Nacional ha dictado normas sobre el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la rama judicial en lo pertinente a la prima especial creada con la Ley 4 de 1992, como prestación no constitutiva de salario, al ser contraria a la Constitución y la Ley?
- Hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DESTJ16-3048 de 08 de noviembre de 2016, así como del acto ficto o presunto que se configuró ante la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto en contra del precitado oficio, que negaron el derecho reclamado en esta instancia.

Si como consecuencia de lo anterior:

- Y si a título de restablecimiento hay lugar a; i) la liquidación y pago de las prestaciones sociales durante el tiempo que se ha desempeñado como Juez de la Republica desde el mes de noviembre de 2013 a la fecha y en lo sucesivo teniendo como base el 100% de la remuneración fijada por el Gobierno Nacional, debiéndose incluir el 30% que ilegalmente no ha sido tenido en cuenta, ii) la liquidación y pago de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como emolumento adicional al salario durante todo el tiempo que se desempeñó como Juez de la Republica en un porcentaje no inferior al 30% ni superior al 60% del salario, iii) subsidiaria de la anterior la liquidación y pago de la diferencia del 30% del salario durante todo el tiempo que se desempeñó como Juez de la Republica, iv) liquidar y pagar las prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial como factor salarial, v) el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la diferencia que resulte en las cesantías, vi) la indexación de las sumas

reconocidas con forme al IPC, vii) el pago de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A., y viii) la condena en costas y agencias en derecho.

5.2. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Para desarrollar el problema jurídico propuesto, se abordarán los siguientes aspectos:

a) **Competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Judicial:**

El artículo 150 de la Constitución Política, en su numeral 19, establece que corresponde al Legislador dictar las normas generales, así como señalar los objetivos y criterios que debe tener en cuenta **el Gobierno Nacional** para fijar el Régimen Salarial y Prestacional de los Empleados Públicos.

En desarrollo de este precepto se expidió la Ley 4ª de 1992³, por medio de la cual, justamente 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, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, así como también, para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales.

El artículo 1º de esta normativa determinó que el Ejecutivo tendría a su cargo la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los empleados públicos, entre ellos, los servidores de la Rama Judicial.

Por su parte, el artículo 2º ibídem, concretó los objetivos y criterios generales que deben tener en cuenta para el cumplimiento de este cometido, señalando como tales, los siguientes: (i) el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, amparados tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, sin que en caso alguno se puedan desmejorar sus salarios y prestaciones sociales; (ii) el respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura; (iii) la concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo; (iv) la modernización, tecnificación y eficiencia de la Administración Pública; (v) la utilización eficiente del recurso humano; (vi) la competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales; (vii) la obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio; (viii) la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; (ix) la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o Entidad; (x) el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus

³ "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".

responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño; (xi) el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los Organismos y Entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (xii) la adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas, en cuyo diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad, y (xiii) el reconocimiento de gastos de representación, de salud, de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa.

Entre tanto, el artículo 3º estipula que el sistema salarial de los servidores públicos debe estar integrado básicamente por dos elementos, a saber: De un lado, por la estructura de los empleos conforme a las funciones que se deban desarrollar, y de otra parte, por la escala y el tipo de remuneración para cada cargo o categoría del cargo.

Así mismo, el artículo 4º previó que el Gobierno Nacional sería el encargado de modificar anualmente el sistema salarial correspondiente, entre otros, a los Empleados Públicos de la Rama Judicial, aumentando su remuneración.

Pues bien, bajo el contexto normativo descrito, se infiere sin mayor esfuerzo interpretativo que la fijación del régimen salarial y prestacional aplicable a los Empleados Públicos de la Rama Judicial, específicamente corresponde de manera exclusiva al Ejecutivo Nacional, quien en todo caso debe tener en cuenta, los criterios y objetivos generales fijados para el efecto por el Legislador, dentro de los cuales, como pudo verse, se encuentra el respeto de los derechos adquiridos y la prohibición de desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.

b) De la prima especial de servicios:

La Constitución Política de 1991 en el artículo 150 numeral 19 – literal e), faculta al Congreso para dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así con la expedición de la Ley 4ª de 1992, el gobierno quedó facultado para fijar, mediante decreto, el régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional, de cualquiera sector, denominación o régimen jurídico, como en efecto se consagró en el artículo 1º.

La misma ley en su artículo 13 previó en forma especial una nivelación para el personal de la Fuerza Pública y en el Artículo 14 para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, concebida como una forma de poner en consonancia su régimen salarial con la labor desarrollada, atendiendo criterios de equidad dispuso:

“El Gobierno nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial⁴, para los magistrados de todo orden de los tribunales superiores de distrito judicial y

⁴ Exequible – Corte Constitucional sentencia C-279-96 del 24 de junio de 1996 Mp; Dr. Hugo Palacios Mejía. – Sentencia C052-99 Declaró Estese a lo Resuelto en Sentencia de C-279-96.

contencioso administrativo, agentes del ministerio público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la república, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, auditores de guerra y jueces de instrucción penal militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1º) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil.

Parágrafo.- Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad." (negritas fuera del texto).

En desarrollo de esta disposición, fue expedido 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", permitiendo la posibilidad de continuar rigiéndose por las normas legales vigentes a la fecha de su expedición, para quienes no optaran por el régimen allí establecido, y para los que optaron por el nuevo, año tras año ha venido dictándose el correspondiente decreto salarial.

Igualmente, el artículo 6º del Decreto 57 de 1993, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, estableció que sería considerado como prima el 30% del salario básico mensual de los magistrados de tribunales, jueces y auditores de guerra y de ahí en adelante el Gobierno Nacional expide para cada año un decreto en los términos, donde indica que dicha prima del 30% no es factor salarial.

Los Decretos que expidió el Gobierno Nacional, en desarrollo al artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, han establecido que frente a la precitada prima "*...El treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial, sin carácter salarial...*".

La expresión "**sin carácter salarial**" prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992 fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 señalando lo siguiente:

"...El legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional." (subrayado fuera del texto).

Así mismo la Corte en la sentencia C-444 de 1997, mediante la cual estudió la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 332 de 1996 reiteró que el legislador tiene facultad para considerar, que determinadas sumas que recibe el trabajador como retribución de sus servicios tenga o no el carácter de salarial:

"Recuérdese que el patrono y el trabajador, así como el legislador, pueden establecer sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario (artículo 128 del Código Sustantivo

del Trabajo). Esta potestad ha sido avalada por el H. Consejo de Estado y esta Corporación, en diversas fallas. Es decir, ingresos reales del trabajador que no se ven representados en las prestaciones sociales, y no por ello se puede afirmar que existe desigualdad entre los distintos trabajadores al momento de liquidar aquéllas, pues la liquidación se hará siempre en relación con los montos que tengan carácter salarial.

La ley 100 de 1993, por ejemplo, establece que las pensiones se liquidarán sobre un porcentaje de los ingresos base del trabajador (artículo 21), y del concepto de ingresos base están excluidos todos aquellos ingresos que el empleado recibe habitualmente pero que no constituyen salario (artículo 17 de la ley 344 de 1996). Por su parte, el artículo 34 de la misma ley, señala que el porcentaje mínimo de la pensión debe representarel65% de la asignación básica.

Teniendo en cuenta lo anterior, existirán casos, tanto en el sector público como en el privado, en que el trabajador no recibe por concepto de pensión, un equivalente al 65% de lo que percibía mensualmente al momento de retirarse, pues ese porcentaje se calcula sobre la asignación básica, que no incluye factores que no tengan carácter salarial.

En conclusión, la desigualdad que se alega en la exposición de motivos es un sofisma. Sin embargo, ello no permite desconocer que fue voluntad del legislador, en desarrollo de su autonomía, asignarle carácter salarial a la prima que reciben ciertos servidores públicos, facultad que no le está prohibida." (Subrayado fuera del texto).

Con todo lo anterior, se puede deducir que la Prima Especial de Servicios creada por el artículo 14 de la Ley 4a de 1992 **únicamente tiene carácter salarial para efectos pensionales**; dicho de otra manera, no debe tenerse en cuenta para liquidar las demás prestaciones sociales, afirmación reiterada en sentencia de unificación SUJ-016-CE-S2-2019 del 2 de septiembre de 2019, donde se dispuso; "A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996 el carácter no salarial de la mencionada prestación fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones, pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que a la fecha de su entrada en vigencia se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.", razón por la cual no hay lugar a su reconocimiento para liquidar otras prestaciones sociales más que la pensión.

Ahora bien, con respecto a la manera que se debe liquidar la precitada prima especial, la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de abril de 2014⁵, declaró la nulidad parcial de los decretos dictados por el Gobierno Nacional entre los años 1993 a 2007, con los cuales se había regulado en el 30 % la prima especial creada en el artículo 14 de la Ley 43 de 1992, por haberla incluido dentro del salario básico de los servidores beneficiarios de la misma, en lugar de incrementarlo en ese porcentaje, al considerar que dichos decretos, no eran claros y conllevaron a una interpretación errada al entender que el porcentaje del 30% hacía parte del 100% de su salario, y no que el 30% era adicional a ese 100% de su salario o asignación básica, lo que garantizaba los principio de favorabilidad, progresividad y no regresividad, en síntesis señaló:

"...es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2º del artículo 53 de la Constitución Política -, todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que,

5 29 de abril de 2014, Sala de Conjuces Ponente MARIA CAROLINA RODRIGUEZ expediente No 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07).

*atendiendo esta mínima y básica realidad, **no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio.** Este razonamiento, además, es consecuente con el **principio de progresividad**, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las ´primas´ en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.*

*“Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de **violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992** y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.*

*“El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan **consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial.** Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué **la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4ª de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido.**”*
(Negrilla fuera del original).

Ahora bien, siguiendo la línea jurisprudencial la Sala de Conjuces del Consejo de Estado Sección Segunda con ponencia de la Dra Carmen Amaya de Castellanos, en sentencia de unificación SUJ-016-CE-S2-2019 del 2 de septiembre de 2019 frente al tema señaló:

“En cuarto lugar, esta Sala concluye que en cumplimiento del mandato legal contenido en el art. 14 de la Ley 43 de 1992, se debe adicionar la prima especial allí ordenada y no sustraerla del salario básico y/o asignación básica para darle esa denominación. En consecuencia, la asignación básica debe pagarse en un 100 % y, con base en ese porcentaje, liquidar las prestaciones sociales, pues éstas se vieron afectadas al haber reducido el salario en un 30 %.

Fenómeno que se explica en los siguientes cuadros:

Para mayor claridad, y con carácter didáctico, los siguientes dos cuadros permiten visualizar de una manera fácil los efectos de liquidar de manera correcta la prima especial de servicios:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico y/o asignación es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico y/o asignación básica)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario sin prima: \$7.000.000 Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario-más prima: \$13.000.000 Total a pagar al servidor \$13.000.000</i>

El segundo cuadro, se refiere al impacto de la prima especial de servicios en las prestaciones sociales:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico y/o asignación es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico y/o asignación básica)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Base para liquidar prestaciones: \$7.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Base para liquidar prestaciones: \$10.000.000</i>

Entonces en cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar de manera que incluya el salario básico más un 30% adicional) a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos."

(...)

Comparados los Decretos que año tras años ha venido 'expidiendo el Gobierno Nacional a través de los cuales fija el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial, con los desprendibles de nómina aportados por la DEAJ, se observa sin dubitación alguna que la prima especial se está extrayendo y no adicionado a la remuneración mensual. No existe entre la documentación aportada ningún indicador que mínimamente insinúe el aumento salarial establecido en los Decretos en un 30%; sino todo lo contrario, que desde 1993 se resta de dicha remuneración el 30% a la que se le da la denominación de "Prima Especial", desconociendo de esta manera el mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 42 de 1992 que dispuso 'Establecer' dicha prima especial entre un 30% y un 60% del salario básico, para los funcionarios allí enunciados. Por lo que en sentir de la Sala, no le asiste razón en este aspecto a la DEAJ.

(...)

En conclusión: (i) aquí se acoge y reitera el precedente jurisprudencial y se acoge el concepto del Ministerio Público; (ii) se hace la ponderación más acorde con los principios constitucionales e internacionales del trabajo; (iii) los argumentos en contra de esta tesis no están respaldados en los soportes de la nómina; y (iv) se nivela el ingreso de los funcionarios por razones de equidad en forma proporcional y razonable, todo ello enmarcado en el respeto a la dignidad humana y las garantías constitucionales."

(...)

Expuesto lo anterior, la Sala **unifica jurisprudencia** en relación con la prima especial consagrada en el art. 14 de la Ley 4a de 1992 en los siguientes términos:

1. La prima especial de servicios es un **incremento** del salario básico y/o asignación básica 'de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tiene derecho, en los

términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. La prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación. (Subrayado fuera del texto).

2. Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 como funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría entre otros tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje, máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente.
3. Los funcionarios beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 (de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación) tienen derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30 % que había sido excluido a título de prima especial.
4. Los demás beneficiarios de la prima especial de servicios que no estén sometidos a límite del 80%, en ningún caso su remuneración podrá superar el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional.
5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.» (subrayado fuera del original).

Dicho lo anterior, en atención a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, (ley marco) el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos que regulan el nivel salarial, en tanto que en el (literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales, lo cierto es que, los decretos relativos a la prima del 30%, desde el año 1993 en adelante, interpretaron erróneamente y aplicaron indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que son contrarios a la Constitución y la Ley, razones que llevaron al Consejo de Estado de acuerdo a las providencias en mención, a declarar su nulidad e inaplicar por excepción de inconstitucionalidad los que en lo sucesivo siguieran regulando dicha prestación, sin que ello implique su reconocimiento para efectos de liquidar prestaciones sociales como quedó expuesto, pues tiene carácter salarial única y exclusivamente para efectos de pensión de jubilación y no para liquidar otras prestaciones sociales como la que reclama la demandante.

5.3. CASO CONCRETO:

De conformidad con el material probatorio allegado a las diligencias se establece que los siguientes hechos relevantes para la Litis se encuentran acreditados:

- Que la demandante para efectos de las pretensiones mencionadas de se desempeñó como Juez de la República para diferentes periodos comprendidos entre el **06 de noviembre de 2013 a 31 de octubre de 2015 y 14 de diciembre de 2015 a 26 de agosto de 2018**, según certificado de tiempo de servicios (fl. 111).
- La demandante en su condición de **juez de la república**, se le canceló la precitada prima especial de servicios para los diferentes periodos descritos **06 de**

noviembre de 2013 a 31 de octubre de 2015 y 14 de diciembre de 2015 a 26 de agosto de 2018 (fls. 24 vto-27, 104-106, 112-115).

- El día 16 de septiembre de 2016, elevó derecho de petición ante la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, solicitando el reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales, por el pago erróneo de la prima especial del 30% consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en los términos de la sentencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, calendada abril 29 de 2014 (fls. 14-17).
- Mediante oficio DESTJ16-3048, la demandada resolvió negativamente su petición (fl. 18-20), acto contra el que interpuso recurso de apelación (fls. 21-22), sin que exista prueba de su respuesta.

En consecuencia se tiene que a la parte demandante le es aplicable lo dispuesto en su artículo 9º que reza: "*Los funcionarios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, con excepción de los señalados en el parágrafo de dicho artículo, tendrán derecho a percibir a partir del 1o. de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico. La prima a que se refiere el presente artículo, es incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7o. del presente decreto.*"

Como se estableció previamente, el Despacho considera que la interpretación correcta del Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y de los Decretos que fijaron en el 30% del salario la prima especial de servicios es que la misma debe considerarse como un incremento y no como una disminución de la remuneración mensual de los servidores señalados en dichas normas.

Por lo anterior, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ha debido agregar la prima especial a la remuneración básica mensual de la demandante, como también ha debido liquidar todas sus prestaciones con base en el 100% (y no en el 70%) del sueldo básico mensual.

Más específicamente y **a manera de ejemplo**, si el salario básico del demandante ascendía a la suma de \$1.000.000, la prima especial debía ser equivalente al 30% de ese salario, es decir, a la suma de \$300.000, suma que debe adicionarse al salario, no descontarse del mismo. Además, las respectivas prestaciones sociales debían haberse liquidado no con base en el 70% sino en el 100%, es decir con base en lo que resulte de la suma de lo devengado por concepto de asignación básica y prima especial, la cual erróneamente se viene teniendo en cuenta como parte de la asignación básica mismas.

De acuerdo con lo probado en el proceso y atendiendo la normatividad y las sub reglas jurisprudenciales a las que se ha hecho alusión, se establece que en el sub lite, los actos acusados violaron por aplicación indebida e interpretación errónea las normas citadas y en ese sentido, se declarará su nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que proceda a reliquidar los salarios, prestaciones sociales y demás

emolumentos devengados por la demandante durante los periodos de tiempo que sirvió como juez de la República, con respecto a esa diferencia del 30% que de manera errónea se ha venido reconociendo como prima especial e incluida como parte del salario mismo, sin que haya lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial como factor salarial por lo expuesto en precedencia.

5.4. DE LA SANCIÓN MORATORIA

De otra parte, en cuanto al pago de **sanción moratoria** se recordará que la apoderada de la parte actora solicitó el reconocimiento de la misma, por el pago que resulta de la diferencia de las cesantías.

Frente a la pretensión del pago de la sanción moratoria como consecuencia del pago incompleto de sus cesantías; el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo el 25 de agosto de 2016, 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.⁶

De igual forma, en sentencia proferida por 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.⁷ (subrayado fuera del texto).

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

6 Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 25 de agosto de 2016- Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14)

7 Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia de 07 de Septiembre de 2018- Radicación: 08001-23-23-000-2014-00334-01(1172-16)

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, adicionalmente no se advierte la existencia de mala fe de la accionada frente a este aspecto, ya que el reconocimiento de dicha prestación como factor salarial para liquidar prestaciones sociales se da en virtud de la excepción de inconstitucionalidad y ilegalidad.

5.5. Excepciones

Con relación a las excepciones planteadas por la entidad demandada, se propusieron como tales: i) cobro de lo no debido y ii) la innominada.

En lo atinente a la excepción denominada **cobro de lo no debido**, de conformidad con lo expuesto en precedencia se advierte que al no tener como factor salarial la bonificación judicial devengada por la demandante, atendiendo a lo dispuesto en su acto de creación, Decreto 383 de 2013, necesariamente se han venido liquidando las prestaciones sociales, teniendo como factor único la asignación básica, esto es un valor inferior al percibido realmente por concepto de salario, por lo que se hace necesaria la reliquidación de prestaciones pagadas hasta la fecha (que se liquidan con base en lo devengado como salario "*bonificación judicial*"), lo que necesariamente dará como resultado saldos pendientes de pago por dichos conceptos en favor de la demandante, por lo que, deberá declararse no probada la excepción en comento.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción "**innominada**", el Despacho no encontró ninguna que deba declararse, por lo que tampoco está llamada a prosperar.

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.

De acuerdo a la Sentencia de Unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse de oficio las pretensiones a que tendría derecho la parte demandante por la indebida interpretación y aplicación que la demandada viene haciendo frente al pago de la prima especial del 30%, desde el hecho constitutivo del derecho pretendido, no obstante lo anterior, de acuerdo con la sentencia de referencia lo mismo no ocurre con aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.⁸, regla que tiene su fundamento en:

⁸ «[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)⁸, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

- "i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales⁹;*
ii) el principio in dubio pro operario¹⁰;
iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad¹¹ y;
iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad¹²."

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968¹³ y 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁴ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Siguiente la línea jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia SUJ-016-CE-S2-2019 del 2 de septiembre de 2019, frente a la prescripción de los derechos que en el asunto de la referencia se reclaman dispuso:

"IV. DE LA PRESCRIPCIÓN:

(...) Se alude a lo anterior para dejar sentado que se está demandando la anulación de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional mediante los cuales fijó el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial: indicando eso que durante el tiempo que estuvieron vigentes, dichas actas produjeron efectos jurídicos, siendo demandables por lo tanto, desde el momento en que se produjo sus expedición, fecha desde la cual debe empezarse a contar el fenómeno de prescripción, por cuanto es a través de estas normas que se constituyó el derecho.

Ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecer¹⁵: (i) que el término de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

⁹ «[...] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.»

¹⁰ «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

¹¹ «[...] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.»

¹² «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...].»

¹³ «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.»

¹⁴ «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.»

¹⁵ Decreto 3135 de 1968. 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.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto, se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo los 3 años anteriores a la interrupción.

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4 de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tener claridad sobre la exigibilidad del derecho, puesto que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que la creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007, fueron declarados nulos —parcialmente—, mediante la sentencia del 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la Ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993.

Como es ampliamente conocido, la reglamentación de los salarios de los servidores públicos cobijados por la Ley 4 de 1992 —acogidos al Decreto 57 de 1993—, se actualiza anualmente, de manera que el Gobierno Nacional expide año tras año un nuevo decreto que señala los porcentajes y escalas salariales que regirán durante su vigencia.

Ella implica que al tratarse de una norma de carácter general y de orden público, sus beneficiarios tuvieron conocimiento de la reglamentación a la ley y, anualmente, de su reiteración, de manera que, de presentarse alguna inconformidad con su contenido, contaron desde el inicio con las herramientas jurídicas para objetarlo ante la autoridad administrativa encargada de su aplicación.

Por lo anterior, el hecho constitutivo del derecho a la prima especial que se reclama se hizo exigible con la entrada en vigor del decreto que reglamentó primigeniamente la Ley 4 de 1992, es decir, a partir del 7 de enero de 1993, fecha de entrada en vigencia del Decreto 57 de 1993¹⁶. En consecuencia, desde el 7 de enero de 1993 los interesados podrían haber interrumpido la prescripción trienal. Expresado en otras palabras, no fue con la ejecutoria de la sentencia del 29 de abril de 2014 que surgió el derecho a interrumpir la prescripción, dada su naturaleza declarativa.

(...)

5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.”

Establecido lo anterior, se advierte que la petición de la demandante fue radicada el **16 de septiembre de 2016** (fls. 14-17 vto), sería del caso señalar que **operó el fenómeno extintivo de la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 16 de septiembre de 2013, en el caso que haya existido**

¹⁶ En aplicación del principio de sostenibilidad fiscal, introducido a nuestro ordenamiento jurídico a través del Acto Legislativo No. 3 del 2011, los derechos económicos, sociales y culturales que predica la Constitución del 91 solo pueden ser garantizados a través del tiempo siempre que se garantice el mantenimiento sostenible de la deuda pública; en otras palabras, dicho instrumento constituye un medio para alcanzar de manera progresiva, las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho. En tal sentido, los jueces en sus fallos deben tener en cuenta no solo las garantías de los administrados sino la sostenibilidad fiscal, en un plano en el que ninguno afecte desproporcionadamente al otro.

vinculación como Juez de la Republica con anterioridad a esta fecha, sin embargo, se advierte que la vinculación de la demandante como Juez de la Republica data del **06 de noviembre de 2013**¹⁷, siendo esta última fecha la causación del derecho reclamado, así las cosas frente al particular no afecta el fenómeno prescriptivo de los derechos reclamados.

5.6. 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 suscrito se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas.

Se precisa en éste punto, que no se desconoce el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016¹⁸, en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, se 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*"¹⁹.

6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el suscrito CONJUEZ Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República 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, **de los derechos causados con anterioridad al 16 de septiembre de 2013, en el caso que haya existido vinculación como Juez de la Republica con anterioridad a esta fecha.**

SEGUNDO.- Declarar NO Probadas las excepciones denominadas: "*COBRO DE LO NO DEBIDO*" e "*INNOMINADA*" planteadas por la Nación – Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, atendiendo lo expuesto previamente.

¹⁷ Fl. 111.

¹⁸ 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.

¹⁹ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

TERCERO.- Declarar la nulidad del Oficio No. DESTJ16 - 3048 del 08 de noviembre de 2016, así como del acto ficto o presunto que se configuró ante la falta de respuesta al recurso de apelación presentado por la demandante en contra del Oficio No. DESTJ16 - 3048 del 08 de noviembre de 2016.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, deberá:

- a) Cancelar el pago de las diferencias entre el salario mensual realmente devengado y el valor que se debió pagar durante el periodo en que el demandante fungió como Juez de la República, esto es, **desde el 06 de noviembre de 2013**, hasta cuando haya durado o dure su vinculación en la entidad en el cargo de Juez de la Republica, en consideración a que la prima del 30% prevista por la Ley 4ª de 1992 es un valor adicional.
- b) Reliquidar las prestaciones sociales de la demandante (cesantías, vacaciones, prima de servicios, de vacaciones y de navidad y demás conceptos devengados), teniendo en cuenta el 100% del salario base recibido en su condición de Juez de la República, sin deducir en el cómputo el 30% de la prima especial de servicios; **desde el 06 de noviembre de 2013**, hasta cuando haya durado o dure su vinculación en la entidad en el cargo de Juez de la Republica.
- c) Pagar en favor del demandante la diferencia que resulte de la reliquidación de los aportes a pensión, durante todo el tiempo en el que le fue reconocida la prima especial del 30% prevista por la Ley 4ª de 1992 y que laboró en el cargo de Juez de la Republica, esto es, **desde el 06 de noviembre de 2013**, hasta cuando haya durado o dure su vinculación en la entidad en el cargo de Juez de la Republica, teniendo en cuenta la porción del 30% del salario que se le dejó de cancelar; la cual deberá consignársele al fondo de pensiones donde se encontraba o se encuentre afiliada.

No obstante, se deberá descontar de las condenas el aporte pensional correspondiente al demandante.

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

SEXO.- La presente sentencia será cumplida en la forma y términos previstos por los artículos 192 y s.s. del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones por lo expuesto.

OCTAVO.- Sin condena en costas.

NOVENO.- En firme esta providencia, por Secretaría, adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Así mismo desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HILDEBRANDO SÁNCHEZ CAMACHO
CONJUEZ