



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE CONJUECES

CONJUEZ PONENTE: SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO

Tunja,

9 de Feb 2020

DEMANDANTE:	RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ
DEMANDADO:	RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
REFERENCIA:	150012333000-2015-00863-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE NEGARON EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL 30% DEL SALARIO BÁSICO Y LA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotados los ritos propios del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, profiere la Sala sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, pretendiendo lo siguiente:

1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS (fls. 2-3)

Solicitó la declaratoria de nulidad del **Oficio DESTJ14-2155 de 4 de septiembre de 2014**, expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, y de la **Resolución No. 5898 de 16 de octubre de 2015**, proferida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, actos mediante los cuales se le negó el pago de la porción de salario equivalente al 30%, la reliquidación y pago de todas sus prestaciones sociales teniendo en cuenta la porción de salario mermada y la prima especial de servicios como factor salarial, y el pago de la sanción moratoria por liquidación incompleta de cesantías.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó: **i)** el reconocimiento y pago de la porción de salario mensual equivalente al 30%, durante todo el tiempo que fungió como Juez de la República; **ii)** la

reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales y cesantías causadas durante el tiempo de vigencia de la relación laboral, teniendo en cuenta el 30% del salario básico que le ha sido disminuido; **iii)** la reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales y cesantías causadas durante el tiempo de vigencia de la relación laboral, teniendo en cuenta como factor salarial la prima especial del 30%; **iv)** el pago de la sanción moratoria por liquidación incompleta de cesantías; **v)** el pago indexado de las sumas que resulten a su favor, conforme la variación anual del IPC certificada por el DANE; **vi)** que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A; y **vii)** que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (fls. 3-4 vto.)

Indicó el apoderado demandante que el señor Rubiel Alejandro Munévar López se desempeñó al servicio de la Rama Judicial, como Juez de la República, teniendo como único nominador a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Refirió que, en desarrollo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional reguló la prima especial a favor de los jueces de la República, sin carácter salarial, contrariando el sentir del legislativo, cuando en lugar de concebirla como un incremento para sus beneficiarios, determinó que la misma se encontraba incluida dentro de la asignación básica.

Señaló que en sentencia de 29 de abril de 2014 el Consejo de Estado determinó que todas las normas expedidas anualmente por el gobierno nacional entre los años 1993 y 2007, las cuales establecían que la prima especial de servicios no tenía carácter salarial, fueron declaradas nulas, de modo que durante la vigencia de la relación laboral se mermaron injustamente sus ingresos y se liquidaron en forma indebida sus prestaciones sociales y cesantías.

Agregó que, con el propósito de agotar requisito de procedibilidad, el 29 de septiembre de 2015 se llevó a cabo audiencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fracasada por falta de ánimo conciliatorio de la entidad demandada.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró como preceptos normativos vulnerados: el Preámbulo y artículos 2, 4, 13, 25 y 53 constitucionales; los artículos 1, 2, 3, 4 y 14 de la Ley 4ª de 1992; y los artículos 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo.

En primer lugar, adujo violación directa de la Constitución y la Ley como causal de nulidad, aseverando que si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de las normas que reglamentaban la prima especial de servicios de los jueces para el periodo comprendido entre 1993 y 2007, por cuanto mermaban el salario y las prestaciones sociales de sus destinatarios, debían inaplicarse por

inconstitucionalidad las normas expedidas por el Gobierno Nacional entre los años 2008 a 2015, toda vez que las mismas reprodujeron el contenido y alcance de la normativa anulada por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Al respecto, transcribió algunos apartes motivacionales de la referida sentencia, concluyendo que en el sentir del Consejo de Estado los decretos demandados en dicha oportunidad interpretaron erróneamente y aplicaron de manera indebida la ley 4 de 1992, obligando a sus destinatarios a soportar de manera injustificada una merma en sus salarios contraria a la Constitución y la ley. Agregó que la porción de salario históricamente mermada ha sido utilizada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para pagar con ella la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

De otro lado, al referirse al carácter vinculante que tiene del precedente judicial para las autoridades administrativas, indicó que la demandada se apartó de las decisiones y razonamientos a partir de los cuales el Consejo de Estado afirmó el acaecimiento de la aludida merma salarial y prestacional, tornándose imperioso el restablecimiento de los derechos conculcados.

Finalmente, señaló que como quiera que las normas anuladas gozaron de presunción legal hasta el día en que cobró fuerza ejecutoria la sentencia que así lo declaró, es a partir de esa fecha que pueden computarse los términos de caducidad de la acción y de prescripción de los derechos laborales o prestacionales de sus beneficiarios, de modo que al haber sido la acción presentada tempestivamente, no puede alegarse la prescripción de ninguno de los derechos reclamados.

2. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de diciembre de 2015, correspondiendo por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 32), y admitida en auto de 25 de julio de 2016 (fls. 59-60). La parte demandada contestó en término la demanda (fls. 73-80).

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Adujo que en virtud de la ley 4 de 1992, el Congreso facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Rama Judicial, con sujeción a la racionalización de los recursos públicos, al marco general de la política macroeconómica y al respeto de los derechos adquiridos, tanto del régimen general como de los especiales.

Señaló que por mandato expreso de la normativa en comento la prima especial no tiene carácter salarial, 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, y que no es cierto que dicha connotación contravenga mandatos constitucionales, toda vez que la misma Constitución faculta al legislador para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Agregó que conforme la Sentencia C-279 de 1996 el legislador conserva cierta libertad, tanto para establecer los componentes constitutivos como para definir y desarrollar el concepto de salario, por lo que disponer que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial no lesiona de manera alguna los derechos de los trabajadores y no implica una omisión del deber de protección del Estado en relación con el derecho al trabajo.

De otro lado, al referirse a otros pronunciamientos del Consejo de Estado invocados por el actor, indicó que los mismos no son aplicables al caso bajo estudio, toda vez que aquellos versan sobre la interpretación y aplicación de normas que fijan las escalas salariales y prestacionales de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

Con todo, aseveró que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ha venido aplicando correctamente el contenido de la ley 4 de 1992, atendiendo los decretos salariales expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, y que efectuar la reliquidación y pago de las diferencias surgidas con ocasión de la aplicación de la ley 4 de 1992 y de los decretos salariales implicaría desacatar el ordenamiento legal vigente.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: i) Cobro de lo no debido y, ii) Innominada o cualquier otra que el fallador encuentre probada.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el demandante guardó silencio.

4.2. Parte demandada

Surtido el respectivo traslado, la parte demandada no se pronunció.

4.3. Ministerio Público (fls. 192-203)

A su turno, el Procurador 122 Judicial Administrativo II emitió concepto en el que luego de hacer un recuento de la normatividad y de la jurisprudencia aplicables, concluyó que los decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional no hacen

más que crear de manera aparente e irreal una prima especial de servicio que no constituye un beneficio o valor adicional y que en la realidad despoja de efectos salariales el 30% del salario básico, disminuyendo el monto de las prestaciones de los servidores judiciales.

Frente a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, explicó que dicha herramienta de protección de la supremacía constitucional puede ser utilizada por cualquier juez de la República y por las autoridades públicas con competencia para dar aplicación concreta a las normas jurídicas, y que la misma procede no solo por solicitud de parte, sino que es un deber *ex – officio* de la autoridad ejercerla cuando advierta que la aplicación de determinada norma viola de manera directa la Constitución; agregó que su inaplicación podría llegar a configurar una causal específica de procedibilidad de tutela contra providencia, por violación directa de la Constitución.

Por último, advirtió que en el sub examine es evidente la merma o reducción del salario básico en el porcentaje correspondiente a la prima especial de servicios, consecuencia de lo cual se debe: inaplicar por inconstitucionales las disposiciones pertinentes de los decretos salariales expedidos entre 2008 y 2010, declarar la nulidad de los actos enjuiciados y restablecer el derecho por el tiempo que el demandante ha fungido como juez de la República.

CONSIDERACIONES

5. Problema Jurídico

Principal

- 5.1. ¿Es procedente disponer la reliquidación y pago del salario y prestaciones sociales del actor en cuantía del 30%, conforme la interpretación vigente del Consejo de Estado respecto de los decretos regulatorios del artículo 14 de la ley 4 de 1992?

Asociados

- 5.2. ¿La base de liquidación de las prestaciones sociales del actor ha sido la adecuada al tenor del artículo 14 de la ley 4 de 1992 y de la jurisprudencia del Consejo de Estado?
- 5.3. ¿Es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, tal cual están planteadas, y según las causales de anulabilidad de los actos administrativos invocadas?

6. TESIS DEL DESPACHO

Se configuran las causales de nulidad invocadas y se deberá acceder parcialmente a las pretensiones referentes al restablecimiento del derecho.

7. SUSTENTO NORMATIVO

7.1. RELACIONADO CON LA PRIMA ESPECIAL

Constitucionalmente se ha establecido que la función de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, corresponde al gobierno nacional a través de los lineamientos que de forma privativa el legislador dicte para el efecto; tal y como lo preceptúa el artículo 150 numeral 19 literal e superior, así:

ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

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

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

En desarrollo del antedicho mandato constitucional, el legislador expidió la ley 4 de 1992, *"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.*

El artículo 14 de la ley 4 de 1992 establece:

"El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y 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,

los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría 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”.

Se vislumbra la fijación de ciertos parámetros, en el contexto de los cuales el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad establecida por el numeral 11 del artículo 189 constitucional, debe desarrollar la prima up supra aludida, so pena de incurrir en una omisión violatoria de la constitucionalidad y la legalidad.

En cumplimiento del enunciado deber se expidieron por el Gobierno Nacional los decretos respectivos anuales mediante los cuales se dictaron disposiciones en materia salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictaron otras disposiciones

La mentada normativa regulatoria, como bien es manifestado, fue objeto de la acción de Nulidad Simple de radicado 11001-03-25-000-2007-00087-00, en la cual la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 29 de abril de 2014, señaló:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adiccionarla al salario básico”

(...)

*“De acuerdo con los criterios establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, los decretos demandados **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, así como para declarar su nulidad". Resaltado incluido en el texto original.

Así, a partir del enunciado fallo de nulidad se estableció que los decretos anuales mediante los cuales "se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la rama judicial, del Ministerio Público, de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones", venían generando el pago salarial y prestacional en contravía de lo dispuesto por la ley 4 de 1992 al entender que "el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%.", restando de tal forma del valor correspondiente al salario y de la base de liquidación prestacional el 30%, esto es, liquidando solo sobre el 70% de lo que en estricto rigor debía ser la base de liquidación.

Ahora bien, una cosa es el hipotético reajuste del 30 % en Salarios y prestaciones derivado del incorrecto pago efectuado a los servidores descritos en el artículo 14 de la ley 4 de 1992 y otra bien diferente que la prima en si misma constituya factor salarial a efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de aquellos.

Efectivamente, como bien lo enuncia el texto ibídem la prima especial de servicios NO TIENE CARACTER SALARIAL, a efectos de la liquidación de prestaciones sociales, en cambio sí a efectos de cotizaciones al sistema de seguridad social integral en materia de pensión, conforme lo definieran las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998.

Necesario se torna efectuar un análisis de acoplamiento de la legislación en cita a la Constitución. Toda ley, por ser fruto de la actividad democrática popular, expedida a través del representante legítimo del pueblo soberano, en ejercicio de su libertad de configuración, (legislador) goza de presunción de validez formal, sin embargo, imperioso se torna para el fallador observar en aplicación del artículo 4 superior la adecuación a la constitucionalidad de las reglas a aplicar, lo que le otorga a la ley un status de validez sustancial respecto a la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, al juez corresponde un control de la ley de conformidad con el conjunto de valores constitucionales, no solo para evitar la incoherencia del ordenamiento jurídico por la existencia de antinomias, cuyo origen se encuentra en la elaboración de leyes ordinarias contrarias a las normas constitucionales- es decir, por violación a las prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible- ; sino para garantizar una dimensión de la democracia que condiciona la validez de la ley al respeto de los derechos fundamentales y los valores públicos de la Constitución.¹

Así, la exclusión de la prima especial de servicios, consagrada en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, como factor salarial base de liquidación de las prestaciones

¹ Jorge Ernesto Roa, La Acción Pública De Constitucionalidad A Debate- Instituto De Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita- Universidad Externado De Colombia.

sociales no solo debe analizarse desde la mera interpretación gramatical de la ley.

Se trata de concretar si a la luz de la jurisprudencia constitucional, la teleología de la exclusión que efectúa la norma es legítima y en tal caso, si es sistemáticamente compatible con los principios y valores que irradia el texto constitucional.

Al respecto manifestó la sentencia C-279 de 1996, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y cuya ratio decidendi constituye precedente vertical para los presentes efectos, lo siguiente:

De otra parte, no es fácil aceptar que la reiterada práctica legal en el tratamiento de la remuneración al trabajo, adquiera fuerza suficiente como para considerarse expresión necesaria de los mandatos constitucionales que regulan esa materia, hasta el punto de que tal práctica pueda convertirse en argumento constitucional para descalificar otras decisiones que, con criterio distinto, adopte luego el Congreso.

En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél.

De otra parte, como anotó el interviniente CESAR AUGUSTO LOPEZ BOTERO, la actora ha confundido los conceptos de régimen salarial y salario, pues como afirma aquél en su escrito "el primero, es el género, mientras que el segundo, es la especie. El primero, dentro del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, es sinónimo de derechos laborales del servidor público mientras que el segundo es parte integrante de tales derechos sin constituir la totalidad del mismo". La Constitución dispone que, previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales. No es razonable suponer que un instrumento como la ley marco a la que se refiere el literal "e" del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución pudiera utilizarse solo para fijar salarios.

La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

"En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter[3] (el subrayado es de esta Corte).

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "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.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean 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 ante la comunidad internacional.

(...)

Con respecto a los apartes de los artículos 14 y 15 de la ley 4a de 1992, esta Corte coincide en la apreciación del Ministerio Público según la cual, "cuando el artículo 14 de la ley 4a. de 1992 se refiere a la creación de una prima sin carácter salarial, desarrolla el título

dato por el legislador, pues allí se menciona que mediante esta ley se habilita al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, concepto éste que comprende a las personas que desempeñan los cargos mencionados en la norma parcialmente demandada".

Conforme se evidencia, la Corte Constitucional de forma expresa determinó que la regla jurídica que excluye a la prima especial de servicios, contenida en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, se ajusta a la constitución.

No obstante hay que aclarar que una cosa es que la prima especial de servicios equivalente al 30% del salario no tenga carácter salarial como base para liquidar las prestaciones sociales excepto la pensión, y otra distinta es, como lo ha hecho el Gobierno Nacional en los decretos anuales expedidos a partir de 1993, englobar dentro del concepto de asignación básica también el de prima especial, para quitarle los efectos salariales a ese porcentaje (30%) del salario como base de liquidación de las prestaciones sociales, lo cual atenta contra los principios de progresividad y no regresión de los derechos laborales, en la medida que se le reduce el salario de sus beneficiarios a un 70%, porque esa Prima Especial debe corresponder es a una suma adicional a esa asignación básica como lo ha explicado en forma amplia la jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 9 de julio de 2014, en Sala de Conjuces, con ponencia de la doctora MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ, dentro de la acción de simple nulidad adelantada por PABLO J. CÁCERES CORRALES contra LA NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, con radicación No. 11001-03-25-000-2007-00087-00, mediante la cual se anularon los artículos atinentes a la prima especial de servicios en varios decretos expedidos entre 1993 y 2007.

Los efectos de la aludida providencia *anulatoria de actos administrativos de carácter general son, por regla general, ex tunc*², esto es, que produce efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, por lo cual las cosas deben retrotraerse hasta antes de su expedición, partiendo de la ficción de que dichos actos nunca fueron expedidos y, por tanto, nunca debieron haber sido aplicados.

El Consejo de Estado, en sentencia de 05 de mayo de 2003, explicó:

“Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, ha sido reiterada la jurisprudencia de ésta Corporación al precisar que éstos son ex

² Consejo de Estado, Sentencia de 04 de marzo de 2010, Exp. No. 41001-23-31-000-2003-00821-01(2603-08), C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Pae: ***“La declaratoria de nulidad, además de retirar del ordenamiento jurídico la norma cuya presunción de legalidad fue desvirtuada, está provista de los efectos ex tunc, es decir, que la situación debe ser retrotraída al estado anterior a su vigencia; de manera tal que la normativa anulada no es susceptible de ejecución o aplicación, siendo justamente este efecto el que garantizará las pretensiones de la demanda. Las diversas sentencias de nulidad de la Prima Especial además del efecto ex tunc, tienen una consecuencia sobre el sueldo mensual de los funcionarios.”***

tunc, es decir, que **producen efectos desde el momento en que se profirió el acto anulado, por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, antes de la expedición del acto.** Igualmente se ha señalado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, **afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas**, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso administrativa”³. (Resaltado fuera de texto).

En una decisión más reciente, la misma Corporación señaló:

“Así las cosas, es claro que al haberse declarado la nulidad de los Decretos que establecían que el porcentaje del 30% de la prima especial de servicios no constituía salario, le asiste el derecho al señor Samuel Correa Quintero al reajuste de sus prestaciones sociales con inclusión de dicho porcentaje.

Lo anterior, por cuanto la presunción de legalidad de los citados Decretos fue desvirtuada, lo que implica que la situación debe ser retrotraída al estado inicial, como si nunca hubiera existido la norma, conforme los efectos ex tunc propios de las nulidades. En esa medida, los Decretos declarados nulos no pueden ser aplicados.”

La decisión de nulidad de los decretos reglamentarios de la Ley 4ª de 1992, tuvo como consecuencia jurídica la pérdida de validez y de vigencia de la disposición excluida, así como de su fuerza ejecutoria “no puede el intérprete de ninguna manera suponer que **al desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de descargar el castigo de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores.**”⁴ (Subrayas fuera de texto).

La misma interpretación fue reafirmada recientemente por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de fecha 2 de septiembre de 2019, al concluir que en cumplimiento del mandato legal contenido en el art. 14 de la Ley 4ª de 1992, se debe adicionar la prima especial allí ordenada y no sustraerla del salario y/o asignación básica para darle esa denominación; en tal sentido condensó:

³ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de mayo de 2003, Exp. No. 11001-03-27-000-2001-0243-0112248, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de abril de 2016, Exp. No. 050012331000200301220 01 (0239-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

“En consecuencia, la asignación básica debe pagarse en un 100% y, con base en ese porcentaje, liquidar las prestaciones sociales, pues estas se vieron afectadas al haber reducido el salario en un 30%.”

(...)

Para la Sala demostrado está que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 27 de 1993; 104, 16 y 107 de 1994; 26, 43 y 47 de 1995; 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.⁵”

7.2. RELACIONADO CON LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el ordenamiento jurídico colombiano se ha establecido la figura del control constitucional que de forma concentrada ejercen en abstracto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo de sus respectivas competencias, así como el control constitucional difuso a cargo de cada uno de los jueces en los procesos sometidos a su consideración y en aplicación directa del artículo 4 de la carta política.

Ha sido definida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-132 de 2013 de la siguiente forma:

“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”

Ahora bien, la facultad del Juez ordinario para efectuar un control de constitucionalidad difuso no es irrestricta o ilimitada conforme su particular entender de los principios y valores constitucionales, en palabras del intérprete legítimo de la constitución:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena de Conjueces, Sentencia SUJ-016-C'E-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019.

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

(...)

Si bien es cierto que por regla general las decisiones estatales son de obligatorio cumplimiento tanto para los servidores públicos como para los particulares "salvo norma expresa en contrario" como lo señala la primera parte del artículo 66 del decreto 01 de 1984, también lo es que, cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular.⁶

Se deduce a forma de principio que la excepción de inconstitucionalidad no puede ser aplicada si no media una contradicción evidente entre el texto de la regla que se va a dejar de aplicar y la disposición constitucional que se entiende vulnerada, pues, el sistema jurídico en pos de la seguridad jurídica y el profundo compromiso democrático prefiere, como regla general, los juicios en abstracto que hace el Juez Constitucional respecto a las normas que son de su competencia.

La Corte Constitucional señala en la Sentencia C-600 de 1998, Magistrado Ponente Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, a tenor literal lo siguiente:

⁶ C-069 de 1995 MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA

La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

(...)

El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico.

Así que, en términos generales el Juez, al estudiar un caso concreto, no puede suplir los juicios de valor que efectúa el órgano competente para definir en abstracto el alcance de una norma jurídica, salvo que esta se muestre de bullo contraria al ordenamiento superior, esto es, una vez se ha desvirtuado más allá de toda duda razonable la presunción de conformidad con el ordenamiento superior que es inherente a los actos administrativos como una manifestación de la soberanía estatal.

En términos de la Corte Constitucional⁷, el planteamiento se sintetiza de la siguiente forma:

Son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. Si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad. Una cosa es la norma -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales

Sin embargo, la sentencia T-681 DE 2016 emitida por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, es la que emite un listado taxativo de causales de procedencia en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, así:

⁷ Sentencia T-614 de 1992, MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa [73] o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado[74];

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido 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[75]; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental[76]. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”

Finalmente, respecto de la aplicabilidad de la excepción de inconstitucionalidad a los decretos salariales proferidos por el gobierno nacional a partir del año 2008, la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado⁸ reafirmó su procedencia al señalar:

*“Frente a los decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional que reprodujeron el contenido de aquellos declarados nulos mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, la Sala encuentra procedente acoger **la excepción de inconstitucionalidad** rogada por la parte actora, en cuanto las disposiciones allí contenidas vulneran garantías laborales mínimas de los beneficiarios de la prima especial, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política, relativo a la prevalencia del texto superior frente a las leyes y otras formas jurídicas. (...).”*

7.3. DEL REGIMEN DE CESANTÍAS.

El auxilio de cesantía se estableció por primera vez, como legislación permanente, en la ley 6 de 1945 artículos 12 literal f y 17, sui generis fue considerada como un mecanismo contingente ante la posibilidad de despido.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena de Conjuces, Sentencia SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019

Los antedichos apartes normativos fueron modificados por la ley 65 de 1946, resaltándose que se estableció el derecho al auxilio de cesantía para trabajadores nacionales y territoriales independientemente de la forma como hubiese terminado la vinculación laboral.

Dicha ley fue reglamentada por el decreto 1160 de 1947, que reguló todo lo concerniente al auxilio de cesantía, norma por demás aplicable tanto a servidores públicos⁹, como a particulares. Se resalta el aparte normativo que se transcribe a continuación:

Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

La esencia de la norma transcrita fue ratificada por el artículo 2 del decreto 1726 de 1973, al reafirmar la forma de liquidación retroactiva del auxilio de cesantía. El decreto 3138 de 1968, reguló la forma de liquidar y pagar las cesantías, de donde se resalta el artículo 27, que a tenor literal establece:

“Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador”.

Conforme se observa el aludido decreto da unos visos de un régimen de liquidación anualizado del auxilio de cesantía, sin embargo, necesario se torna aclarar que este solo es aplicable para los servidores judiciales a partir de lo dispuesto por el artículo 7 de la ley 33 de 1985, que definió que el régimen de liquidación y pago de las cesantías establecido en el Decreto 3138 de 1968 era aplicable a los servidores de la Rama Judicial. La norma en mención estableció, en todo caso, que el régimen anualizado de liquidación de cesantía solo era aplicable al personal judicial vinculado con posterioridad a 1 de enero de 1985; los demás continuarían cobijados por el sistema de liquidación retroactiva.

⁹ Incluidos los servidores de la Rama Judicial, conforme disposición del artículo 1 ibídem.

La línea sentada por la ley 33 de 1985, tendiente a acoger el régimen de liquidación anualizada establecido por el Decreto 3138 de 1968, fue reiterada por el Decreto 57 de 1993 (y normas subrogatorias), que corresponde al planteamiento de un nuevo régimen salarial y prestacional para los servidores judiciales que a la postre se denominaría personal acogido. Entre los principales aportes referentes al tema objeto de estudio se estableció:

"ARTICULO 10. Las cesantías de los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial podrán ser administradas por las Sociedades cuya creación se autorizó en la Ley 50 de 1990 o por el Fondo Público que el Consejo Superior de la Judicatura señale. El Consejo Superior de la Judicatura establecerá las condiciones y requisitos para ello, en los cuales indicará que los recursos serán girados directamente a dichas Sociedades o Fondos.

(...)

ARTICULO 12. Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación 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 regirán por las disposiciones legales vigentes.

Las cesantías se regirán 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 regirá 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, si tuvieren derecho a ellas y en adelante su liquidación y pago se hará en los mismos términos establecidos en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985.

Se quiere dar a entender que al interior de la Rama Judicial coexisten dos regímenes de liquidación del auxilio de cesantía. El primer régimen es el del personal vinculado con anterioridad a 1 de enero de 1985 y que no se acogió al Decreto 57 de 1993, dicho personal goza del régimen retroactivo de liquidación del auxilio de cesantía. El segundo grupo de servidores judiciales es el vinculado a partir de 1 de enero de 1985 o que se acogió a las disposiciones del Decreto 57 de 1993, personal al que le aplica el régimen de liquidación anualizada y a quienes se les consigna a prevención el auxilio de cesantía que reguló la ley 50 de 1990¹⁰, o en su defecto, en el fondo público creado por el Decreto 3138 de 1968.

¹⁰ Lo que desde ninguna perspectiva se puede entender es que a los servidores judiciales le es aplicable el régimen de la ley 50 de 1990, pues, por expresa disposición de dicha norma se reforma el Código Sustantivo del Trabajo, que en su parte individual aplica exclusivamente para trabajadores de servicio particular. La

214

La ley 244 estableció los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, estableciéndose en el parágrafo del artículo 2 una sanción que opera en caso de mora de liquidar y pagar las cesantías conforme los términos de ley. Se hace referencia a la norma antedicha, conforme las modificaciones que incluyó la ley 1071 de 2006, particularmente el artículo 5, así, a tenor literal se establece:

“Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Conforme la interpretación que para el efecto le dio el Consejo de Estado en sentencia de fecha 19 de enero de 2017 emitida en el proceso 08001233300020130016801, la ley 244 de 1996 es aplicable a:

“Servidores públicos de todos los órdenes, independientemente del régimen de liquidación del auxilio de cesantías”.

Efectivamente la norma es creada con el objeto de regular el pago del auxilio de cesantía a los servidores públicos, sin efectuar distinción alguna, en tal virtud, no le es dable al operador judicial efectuar una exclusión que la propia ley no hace.

La ley 244 de 1996 es aplicable a los servidores judiciales, en tanto, servidores públicos.

Ahora bien, lo establecido en la norma es una sanción y como tal genera el deber para el operador jurídico de verificar el cumplimiento de ciertos presupuestos de tipicidad, esto es, no puede existir una sanción sin que se configuren los presupuestos establecidos de forma previa en la ley para el efecto. Según se deduce del parágrafo del artículo 2 de la ley 244 de 1996 el hecho generador es la mora en el pago de las cesantías, previa satisfacción del cumplimiento de los requisitos preceptuados ibídem.

Sobre esta sanción por mora, ha precisado el Consejo de Estado¹¹ lo siguiente:

referencia debe entenderse solamente a efectos de la posibilidad de acogerse a los fondos que dicha normativa crea. Debe advertirse que dicha norma puede llegar a ser aplicable al sector público únicamente para servidores del nivel territorial vinculados con posterioridad a 31 de diciembre de 1996, De conformidad con el Decreto 1582 de 1998 reglamentario de los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998.

¹¹ Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del 17 de octubre de 2017, C.P. Dra. Lisset Ibarra Vélez.

“En ese orden de ideas, la sanción establecida en la Ley 244 de 1995¹² fue establecida por el legislador en cabeza de la entidad pública pagadora que incurra en « [...] mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, [...]»¹³, por cuanto, como se expuso en precedencia, el empleador dispone un plazo máximo de 45 días hábiles, « [...] a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.».

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación; y con la expedición del concepto jurídico de 13 de agosto de 2002, del cual pese a que no se aportó copia al proceso, según se observa en la reliquidación de las prestaciones sociales, dicha actuación de la administración tuvo su origen en el mismo, tal como se señaló en el acápite de hechos y pretensiones de la demanda. En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

Así las cosas, la aplicación de la sanción administrativa pretendida por la demandante a un hecho que no se encuentra determinado por el legislador como una contravención que conlleve dicha consecuencia jurídica, implicaría al desconocimiento del principio de legalidad que enmarca el debido proceso como garantía constitucional del Estado Social de Derecho.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹⁴.

En consecuencia, al no existir una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora, no puede generarse la consecuencia o efecto, al encontrarse acreditado que no se generó la conducta que da lugar a imponer dicha sanción.

radicación No. 08001-23-33-000-2012-000171-01(2839-14) de Carlos Alberto Gutiérrez Cárdenas contra el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

¹² *Ibidem* 62.

¹³ « por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.»

¹⁴ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

8. DEL CASO CONCRETO

Se vislumbra, a folio 157, certificado de tiempo de servicio, expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, en el que se establecen vinculaciones del accionante como funcionario judicial en los periodos objeto de la pretensión, aspecto que se encuentra probado con dicho documento y que por demás no mereció reproche alguno en el devenir procesal.

Así establecido, se tienen los siguientes tiempos de servicio dentro del periodo objeto de la pretensión:

TABLA 1

CARGO	PERIODO
JUEZ 1º PROMISCOU MUNICIPAL DE ÚMBITA	01/01/1993 a 30/12/2000
JUEZ 1º PENAL MUNICIPAL DE GUATEQUE	31/12/2000 a 30/06/2001
JUEZ 1º PENAL MUNICIPAL GARANTÍAS DE TUNJA	01/07/2001 a 03/10/2001
JUEZ 1º PENAL MUNICIPAL DE GUATEQUE	04/10/2001 a 31/01/2002
JUEZ 3º PENAL MUNICIPAL DE TUNJA	01/02/2002 a 31/01/2003
JUEZ 1º PENAL MUNICIPAL DE GUATEQUE	01/02/2003 a 19/01/2004
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE RAMIRIQUÍ	20/01/2004 a 15/12/2004
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE GUATEQUE	16/12/2004 a 30/11/2008
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE MONQUIRÁ	01/12/2008 a 08/12/2009
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA	09/12/2009 a 17/02/2011
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA	18/02/2011 a 31/08/2016

De acuerdo con el lapso objeto de la pretensión y según se desprende del certificado de liquidación y pago de cesantías (fl. 185), el régimen salarial y prestacional aplicable al caso es el del personal que se ha denominado acogido, regulado por el decreto 57 de 1993¹⁵ y subsecuentes normas subrogatarias¹⁶.

¹⁵ Que estableció con carácter de regla jurídica unos presupuestos para su aplicación en el tiempo, conforme se desprende de su artículo primero, así: "Artículo 1º. El régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes optaron por lo dispuesto en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y para aquellos que se vinculen al servicio de los organismos a que se refiere el presente decreto y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las Ramas del Poder Público, organismos o instituciones del sector público."

¹⁶ Así, estableció el Artículo 6º del Decreto Nro. 57 de 1993, a tenor literal lo siguiente: "En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, se considerará como prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar.". El mismo texto, se encuentra incorporado en el artículo 6º del Decreto Nro. 106 de 1994 y a partir de dicha norma se agregan los coordinadores de juzgado regional-; en el artículo 7º del Decreto 43 de 1995; en el artículo 6º del Decreto Nro. 36 de 1996; en el artículo 6º del Decreto 76 de 1997; en el artículo 6º del Decreto Nro. 64 de 1998; en el artículo 6º del Decreto Nro. 44 de 1999; en el artículo 7º del Decreto 2740 de 2000; en el artículo 7º del Decreto 2720 de 2001; en el artículo 6º del Decreto Nro. 0673 de 2002; en el artículo 6 del decreto N° 3569 de 2003; en el artículo 6º del Decreto Nro. 4172 de 2004; en el artículo 6º del Decreto Nro. 0936 de 2005; en el artículo 6º del Decreto Nro. 0389 de 2006; en el artículo 6º del Decreto Nro. 0618 de 2007. Todas las normas en cita fueron declaradas nulas por el Honorable Consejo de Estado, conforme ya se ha indicado en sentencia up supra citada

Ahora, en relación con los reportes de nómina del actor, serán valorados los aportados a folios 159 a 184, los cuales guardan relación con los tiempos de servicio objeto del petitum.

Continuando con el análisis del material probatorio, imperioso se torna hacer un comparativo entre la relación de lo mensualmente percibido por el demandante y el valor establecido para la misma periodicidad en los decretos anuales mediante los cuales se fijó el salario básico y el valor de la prima especial de servicios, para finalmente determinar si existió diferencia al tenor de la interpretación que efectuó la sentencia emitida por el Honorable Consejo de Estado dentro de la acción de Nulidad Simple en el contexto del radicado 11001-03-25-000-2007-00087-00.

Contextualizado el asunto en torno a los decretos que en precedencia se han mentado y contrastando su contenido con la certificación salarial del actor, se puede evidenciar la correspondencia entre lo causado mensualmente¹⁷ a título de asignación básica más la prima especial de servicios y lo que conforme los respectivos decretos percibe un Juez de las categorías en las que ha laborado el actor, aún si en una anualidad tuvo varios cargos; **a manera de muestrario:**

TABLA 2

AÑO/Nº DECRETO	BASICO MES COMPLETO PAGADO	PRIMA MES COMPLETO PAGADA	TOTAL BASICO MAS PRIMA	VALOR BASICO ESTABLECIDO EN LA NORMA	CATEGORIA
1999/44	\$1.793.913	\$538.174	\$2.332.087	\$2.332.088	Municipal
2000/2740	\$1.959.493	\$587.848	\$2.547.341	\$2.547.340	Municipal
2001/2720	\$2.008.480	\$602.544	\$2.611.024	\$2.632.422	Municipal
2002/673	\$2.121.530	\$636.459	\$2.757.989	\$2.757.989	Municipal
2003/3569	\$2.121.530	\$636.459	\$2.757.989	\$2.873.825	Municipal
2004/4172	\$2.849.786	\$854.936	\$3.704.722	\$3.858.839	Circuito
2005/936	\$3.131.597	\$939.479	\$4.071.076	\$4.071.076	Circuito
2006/389	\$3.288.177	\$986.453	\$4.274.630	\$4.274.630	Circuito
2007/618	\$3.436.145	\$1.030.844	\$4.466.989	\$4.466.989	Circuito
2008/658	\$3.631.662	\$1.089.499	\$4.721.161	\$4.721.161	Circuito
2009/723	\$3.964.686	\$1.189.406	\$5.154.092	\$5.154.092	Circuito
2010/1388	\$4.063.804	\$1.219.141	\$5.282.945	\$5.282.945	Circuito
2011/1039	\$4.192.627	\$1.257.788	\$5.450.415	\$5.450.415	Circuito
2012/874	\$4.402.258	\$1.320.678	\$5.722.936	\$5.722.936	Circuito
2013/1024	\$4.553.696	\$1.366.109	\$5.919.805	\$5.919.805	Circuito
2014/194	\$4.687.575	\$1.406.273	\$6.093.848	\$6.093.848	Circuito

Se hace imperioso advertir que a partir de 2015, inclusive, la estructura normativa cambia y el gobierno nacional no emite cuadros de los valores de los salarios y prestaciones sociales de los servidores judiciales, sino que efectúa sendos reajustes porcentuales sobre los salarios y prestaciones sociales que estableció el Decreto 194 de 2014; en virtud de lo antedicho, la Sala encuentra que en los años 2015 a 2018 se encuentra vigente la formulación que planteó esta norma respecto a la prima especial de servicios, la cual debe entenderse afectada por

¹⁷ Naturalmente la cifra se toma como referencia el valor de una mensualidad que haya laborado completa

los reajustes anuales realizados mediante los decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018.

Así, estableció el artículo 8 del decreto 194 de 2014, como norma aplicable en los años subsiguientes hasta la fecha presente, lo siguiente:

“Artículo 8°. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4a de 1992, se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes, de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Coordinadores de Juzgado Penal de Circuito Especializado, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar.”

Resulta evidente para la Sala que dicho postulado normativo reproduce literalmente la normativa anulada por el Consejo de Estado; consecuentemente la misma está afectada en su validez por el fenómeno de la cosa juzgada material, por lo que amerita su inaplicación para el año 2014 y subsiguientes.

Conforme se observa en la tabla 2, la suma del salario básico certificado como pagado y el valor de la prima especial coinciden con el salario básico a percibir conforme los decretos anuales invocados. La conclusión no puede ser diferente a que la Rama judicial- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial liquidó y pagó en dicho lapso de forma indebida la remuneración del Dr. RUBIEL ALEJANDRIO MUNÉVAR LÓPEZ, incluyendo como parte del salario básico la prima especial consagrada en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, en contravía de los mandatos de optimización o principios constitucionales contenidos en el artículo 53 superior y claramente definidos en la sentencia ya tantas veces aludida, expedida dentro del radicado 11001-03-25-000-2007-00087-00, por el honorable Consejo de Estado.

La circunstancia descrita conlleva también la deducción en torno a que las prestaciones sociales han sido liquidadas, en plena conformidad con los decretos que se han declarado nulos, esto es, descontando del salario básico y por lo tanto del ingreso base de liquidación, el 30% correspondiente a la fracción del salario que la administración judicial interpretó como prima especial de servicios.

En esta instancia, se torna de especial relevancia el determinar si es exigible judicialmente el derecho reclamado o si por el contrario se puede considerar apenas una obligación natural en virtud del posible acaecimiento de la **prescripción** extintiva como modo de extinción de las obligaciones civiles.

Por definición del artículo 2512 del Código Civil *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*.

De lo que se infiere que es un modo de adquirir el dominio, así como una forma de extinción de las obligaciones, la cual exige para su acaecimiento *“solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.*

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

Así, en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas regulaciones específicas y especiales que detallan la prescripción en delimitadas materias. La naturaleza de los derechos que se reclaman en casos como el presente es laboral y los mismos se sustentan en los hechos que circundan la ejecución de la labor. El instituto de la prescripción tiene como finalidad jurídica relativizar el derecho a condiciones razonables de exigibilidad, vale decir, impedir la configuración de derechos absolutos y de obligaciones eternas e inextinguibles.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de 23 de septiembre de 2010, Exp. No. 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, destacó:

“La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración. La Corte Constitucional frente a la prescripción de derechos, en sentencia C-662 de 2004, Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Uprimny Yepes, estableció los siguientes parámetros: “(...) Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. ; (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular;”. De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.”

El artículo 41º del Decreto No. 3135 de 1968, reguló la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales en los siguientes términos:

“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.”

A su turno, el artículo 102 del Decreto No. 1848 de 4 de noviembre de 1969, reiteró lo señalado en el artículo 41 ídem:

“1. Las acciones que emanan 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.”

De acuerdo con lo anterior los derechos derivados de una relación laboral se encuentran sometidos al fenómeno de la prescripción, una vez hayan transcurrido tres (3) años desde el momento en el que se hicieron exigibles, esto es, una vez reunidos los requisitos establecidos por el legislador.

Conforme se vislumbra del análisis normativo y jurisprudencial, se desprende con carácter de regla jurídica que la prescripción solo opera a partir que la obligación se ha hecho exigible. El juicio valorativo que se impone en el sub iudice, corresponde a determinar cuándo se hizo exigible el derecho reclamado en las pretensiones.

Al respecto, venía siendo criterio de la Sala que el término prescriptivo del derecho a la reliquidación de los emolumentos que aquí se reclaman debía contarse a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia que declaró la invalidez de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios por los años 1993 a 2007, lo cual hallaba sustento en otra sentencia de la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁸, en el entendido que era esa decisión judicial la que confería a los funcionarios judiciales el derecho a reclamar la diferencia salarial dejada de pagar y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales.

No obstante, dicha postura fue redefinida en la aludida reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁹, proferida en Sala de Conjuces, al dejar

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Sentencia de 22 de febrero de 2016: “...Siguiendo entonces el criterio que se ha venido aplicando para efectos de la prescripción y, como quiera que la mayoría de los Decretos en que se sustentan las reclamaciones fueron declarados nulos mediante Sentencia del 29 de abril de 2014, proferida dentro del expediente 11001032500020070008700, C. P. Dra. Carolina Rodríguez Ruiz, quiere decir que el derecho a la inclusión y reliquidación de las prestaciones sociales derivadas del reconocimiento de la Prima Especial prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, cobra exigibilidad a partir de la ejecutoria de la sentencia en cita, por lo que no cabe aplicar la extinción de derechos por prescripción en el presente asunto, razón por lo que se confirmará la sentencia recurrida en este aspecto.”

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Sentencia SUJ-016-CE-2-2019 de 2 de septiembre de 2019

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, lo cual indica que durante el tiempo que estuvieron vigentes dichos actos produjeron efectos jurídicos, siendo por tanto demandables desde el momento de su expedición, fecha desde la cual debe contarse la prescripción. Y más adelante señaló:

“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 tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, puesto que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiarios 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. Ello 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 1993. En consecuencia, desde el 7 de enero de 1993 los interesados podía 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 la naturaleza declarativa.”

En el caso particular, se advierte que el día 8 de julio de 2014 el accionante, a través de apoderado, presentó derecho de petición con objeto similar al establecido en las pretensiones de la demanda, conforme se vislumbra a folios 13 y 14, acápite de peticiones del mentado documento.

Concordante con lo anterior, las sumas causadas con anterioridad al **8 de julio de 2011** se encuentran prescritas, *"teniendo en cuenta que el hecho habilitador para iniciar la reclamación relacionada con el 100% del salario y del 30% de la prima especial como una adición a esa suma, se debe entender desde la fecha de expedición del Decreto 53 de 1993 (7 de enero), que reglamentó el artículo 14 de la Ley 4 de 1992²⁰."*

9. REGLAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

A manera de conclusión y en acápite específico, la sentencia de 2 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Plena de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, unificó la jurisprudencia en relación con la prima especial consagrada en el artículo 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 tienen 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.
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 rima 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 ya partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

²⁰ *Idem*

10. DE LAS ORDENES EN PARTICULAR

Conforme lo expuesto, ha de accederse a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de los actos administrativos controvertidos en el acápite respectivo.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará al demandado pagar al áccionante el 30% del salario básico establecido en los decretos salariales anuales, por cada mensualidad laborada, en el interregno de los siguientes cargos y periodos, y los que con posterioridad hubiese estado vinculado como funcionario judicial.

CARGO	PERIODO
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO DE TUNJA	08/07/2011 a 31/08/2016

De tal forma se accede a lo solicitado en la pretensión 2, esto es, ordenando cancelar la diferencia salarial dejada de percibir con ocasión de la interpretación errónea de la prima del 30%, en plena aplicación de la sentencia de 2 de septiembre de 2019 antes relacionada.

Se torna imperioso hacer expresa la premisa tacita envuelta en la declaratoria de prosperidad de la pretensión 2, cual es la inaplicación bajo la figura de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 6 del Decreto 658 de 2008, 8 del Decreto 723 de 2009, 8 del Decreto 1388 de 2010, 8 del Decreto 1039 de 2011, 8 del Decreto 874 de 2012, 8 del Decreto 1024 de 2013, 8 del Decreto 194 de 2014; acto jurídico derivado de la evidente contradicción entre la Constitución y las reglas inaplicadas, en tanto reproducen el contenido material del Artículo 6º del Decreto Nro. 57 de 1993, del artículo 6º del Decreto Nro. 106 de 1994 del artículo 7º del Decreto 43 de 1995; del artículo 6º del Decreto Nro. 36 de 1996; del artículo 6º del Decreto 76 de 1997; del artículo 6º del Decreto Nro. 64 de 1998; del artículo 6º del Decreto Nro. 44 de 1999; del artículo 7º del Decreto 2740 de 2000; del artículo 7º del Decreto 2720 de 2001; del artículo 6º del Decreto Nro. 0673 de 2002; del artículo 6 del decreto N° 3569 de 2003; del artículo 6º del Decreto Nro. 4172 de 2004; del artículo 6º del Decreto Nro. 0936 de 2005; del artículo 6º del Decreto Nro. 0389 de 2006; en el artículo 6º del Decreto Nro. 0618 de 2007; configurándose de tal forma la regla segunda²¹ fijada por la sentencia T-681 de 2016, anteriormente invocada y analizada como supuesto de derecho.

Efectivamente, se pretende garantizar la unidad del ordenamiento jurídico y la prevalencia de la cosa juzgada material, a través del respeto pleno al precedente vertical, fundamentalmente cuando se ha definido la inconformidad con el ordenamiento superior de una regla jurídica, como lo es la reproducida materialmente de normas declaradas nulas.

²¹ (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad 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 términos de la Corte Constitucional, la inaplicación normativa por excepción de inconstitucionalidad derivada de la violación de la cosa juzgada material no es solo una facultad, sino un auténtico deber del fallador y tiene un claro objetivo determinado en los siguientes términos por la Sentencia T-669 de 1996:

“en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).”

En cuanto a la solicitud de reliquidación de las prestaciones sociales percibidas por el accionante y reclamadas en la pretensión 3, tomando como sustento el 100% del salario básico establecido en los decretos arriba invocados sin la merma del 30% que representó el pago formalmente indebido de la prima especial de servicios, esta orden se efectuará en los periodos y cargos arriba señalados.

Sin embargo, situación distinta se evidencia del pedimento contenido en la pretensión cuarta, pues, conforme se afirmó en los fundamentos normativos por expresa disposición legal se ha determinado que la prima especial de servicios a que hace referencia el artículo 14 de la ley 4 de 1992 solo es factor salarial a efectos de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, no así para efectos prestacionales. Conforme se advirtió, el texto legal fue avalado por la jurisprudencia constitucional, en tal virtud, en respeto de la cosa juzgada tanto explícita como implícita de la Sentencia C-279 de 1996²², es vedado para esta Sala efectuar juicios contrarios al precedente y a la doctrina constitucional, máxime cuando no se observa la configuración de causal alguna para tal efecto, en tanto, las sentencias que invoca la demanda no hacen expresa alusión al reconocimiento de la prima como factor salarial para efectos prestacionales, en cambio sí ratifican lo decidido en este proveído. En consideración a lo expuesto, se negará la pretensión 4.

²² i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado

Debe resaltarse que, en el caso de los aportes para pensión, como la prima del 30% consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 sí constituye factor salarial para esta prestación en particular, deberá efectuarse la respectiva re-liquidación de la cotización, teniendo en cuenta que la misma deberá realizarse considerando un ingreso del 130% del salario básico establecido en los decretos anuales que respectivamente fijan los salarios y prestaciones del personal acogido de la Rama Judicial. Adicionalmente, teniendo en cuenta que los aportes pensionales soportan la efectividad del derecho a la seguridad social, el que a su vez reviste el carácter de irrenunciable e imprescriptible, la reliquidación de tales aportes deberá efectuarse por todo el tiempo que el actor haya estado vinculado como funcionario judicial, a partir de 1993.

La pretensión quinta será negada, por no estar satisfechos los requisitos de tipicidad que contrae como presupuesto la premisa normativa para efectos de entender que hay lugar a la imposición de la sanción moratoria.

Efectivamente, establece el parágrafo del artículo 2 de la ley 244 de 1995, modificado por la ley 1071 de 2006, lo siguiente:

“En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”

Conforme se vislumbra, la fuente causal es la mora por cuenta de la administración en el pago total o parcial del auxilio de cesantía, no así la no inclusión de un factor salarial que motive su reliquidación.

Así, se observa en la certificación visible a folio 185 del expediente que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja ha liquidado y pagado las cesantías al Dr. RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ, en cada una de las anualidades en las que ha fungido como funcionario judicial adscrito al régimen de liquidación anualizado de cesantías. Todo lo anterior involucra que la demandada no ha desplegado actuar antijurídico alguno que amerite la imposición de una sanción.

Para los efectos descritos deberá la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial liquidar y pagar los valores que resulten de las condenas derivadas de la presente sentencia y el valor resultante será reajustado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a la prestación, por el guarismo que resulta de

dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente para la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La indexación se efectuará hasta el día en que quede ejecutoriada la presente sentencia, inclusive.

Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos que contrae el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

11. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Se propone como única excepción de fondo la que se denominó "cobro de lo no debido". Su fundamento radica en la afirmación de haber liquidado y pagado la totalidad de los salarios y prestaciones conforme las normas que rigen la materia.

Al respecto se debe destacar:

1. Conforme se evidencia a folios 11 a 15, la parte demandante presentó reclamación administrativa de los emolumentos que son objeto de la acción judicial, en fecha 8 de julio de 2014.
2. En el momento de radicación del derecho de petición aludido en numeral anterior, se encontraba en firme y de hecho era conocida por la Administración Judicial la Sentencia emitida por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de tal anualidad, conforme se desprende del contenido de los actos administrativos cuya validez se estudia en el presente medio de control.
3. La aludida providencia, no solo anuló la normatividad en la que se sustenta la excepción, sino que sentó en su ratio decidendi y con carácter erga omnes un precedente vertical, por lo tanto, una regla de obligatorio acatamiento para las autoridades administrativas y judiciales en virtud de los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, como inherentes al postulado de un estado social de derecho.

Conforme lo expuesto, resulta claro que la pretensión no corresponde a un emolumento no debido por la parte demandada; contrario sensu, conforme los argumentos up supra expuestos, su reconocimiento obedece a la aplicación de los principios que regulan la especial protección al trabajo humano, conforme las disposiciones del artículo 53 Constitucional y las reglas de los bloques de constitucionalidad y legalidad que en materia del trabajo rigen en nuestro ordenamiento.

De otro lado, tal como se anticipó y conforme los lineamientos sentados en sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado en Sala de Conjuces, la cual se acoge como precedente vertical, el Despacho declarará de oficio la prescripción de los derechos salariales y prestacionales causados con anterioridad al 8 de julio de 2011.

12. DE LAS COSTAS

Establece el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte el Estatuto Adjetivo Civil vigente o ley 1564 de 2012, establece:

Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.

(...)

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

Considerando que se ha accedido de forma parcial a las pretensiones de la demanda, la Sala se abstiene de condenar en costas, conforme lo preceptúa la regla contenida en el numeral 5 del artículo 365 de la ley 1564 de 2012.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la Republica,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones denominadas cobro de lo no debido e innominada, propuestas por la Nación, Rama Judicial a través de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y declarar de oficio probada la de

221

prescripción extintiva de los derechos salariales causados con anterioridad al 8 de julio de 2011.

SEGUNDO: Declarar respecto a los actos administrativos enjuiciados lo siguiente:

2.1. La nulidad del Oficio DESTJ14-2155 de 4 de septiembre de 2014.

2.2. La nulidad de la Resolución No. 5898 de 16 de octubre de 2015, la cual desató el recurso de apelación interpuesto en contra del Oficio DESTJ14- 2155 de 4 de septiembre de 2014.

Actos mediante los cuales se negó al Dr. RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ el reconocimiento y pago de la diferencia del 30% del salario básico insoluto y la reliquidación de las prestaciones sociales tomando en cuenta el 100% del salario básico, sin la exclusión del 30% que se tildó de forma indebida como prima especial.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial a liquidar y pagar al demandante RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.766.873, la diferencia salarial dejada de percibir en cuantía del 30% de la asignación salarial mensual establecida en la norma, en proporción al tiempo laborado como funcionario judicial con posterioridad al 8 de julio de 2011, dado el fenómeno prescriptivo.

CUARTO: CONDENAR a la Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a re-liquidar y pagar al Dr. RUBIEL ALEJANDRO MUNÉVAR LÓPEZ la diferencia entre lo pagado por prestaciones sociales y lo que debió percibir luego de liquidarles tomado en cuenta el 100% del salario básico establecido en la norma, por el mismo lapso establecido en el numeral anterior; además, deberá pagar el 130% del salario básico en el caso de los aportes a Pensión, en razón de todo el tiempo laborado como funcionario judicial a partir de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial a pagar la indexación de las condenas que en los numerales 3 y 4 de esta resolutive se detallan, conforme lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

SEXTO: Negar las pretensiones cuarta y quinta, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEPTIMO: Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos que establece el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SULMA CLEMENCIA TORRES GALLO
CONJUEZ PONENTE


YANETH VARGAS ROJAS
CONJUEZ


DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
CONJUEZ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR EDICCIÓN
 Auto anterior es notified por ediccion
No. 34 de hoy, 2 de NOV 2015
SECRETARÍA