



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: HUGO ALFONSO PERALTA ROCHA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.
RADICACIÓN: 73001-33-33-006-**2015-00080-00**

I. ASUNTO

Previo agotamiento de las etapas procesales pertinentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho Judicial a dictar sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado por el señor Hugo Alfonso Rocha Peralta en contra de LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL y DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA.

II. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1. PRETENSIONES.

Hugo Alfonso Rocha Peralta por intermedio de apoderado judicial pretende:

- 1) Declarar la nulidad del acto administrativo contenido el oficio DSAJ No. 00824 de 16 de octubre de 2014, proferido por la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las diferencias salariales, así como, la reliquidación de las prestaciones sociales y laborales teniendo en cuenta para su liquidación el 100% del salario básico y no el 70% del mismo.

A título de Restablecimiento:

- 2) Se condene a la Nación, la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Seccional de Administración Judicial a re-liquidar, reconocer y pagar al demandante desde el 01 de enero de 1993 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, todas sus prestaciones sociales, salariales y demás emolumentos prestacionales teniendo como base de liquidación de los mismos el 100% del salario, y que éstos se continúen pagando mientras perdure la relación legal y reglamentaría entre los extremos procesales de la Litis.

- 3) Se condene a la Nación, la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Seccional de Administración Judicial a reconocer y pagar al demandante desde el 01 de enero de 1993 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, el valor de las diferencias que se generen con ocasión a la re-liquidación de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos teniendo como base de liquidación de los mismos el 100% del salario y no el 70% con el que se ha liquidado hasta la fecha de la presentación de la demanda.
- 4) Se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante desde el 1° de enero de 1993 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, la prima especial sin carácter salarial prevista en el Art. 14 de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 30% de la remuneración básica mensual como un incremento al total devengado.
- 5) Se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante desde el 10 de enero de 1993 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, el 30% del sueldo básico, que hasta la fecha de la presentación de la demanda no se le había cancelado, ya que este porcentaje lo relacionaban a la Prima Especial.
- 6) Que se le ordene a la Nación, la Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Seccional de Administración Judicial a seguir liquidando y pagando al demandante todas sus prestaciones sociales y demás emolumentos con base al 100% de la remuneración básica mensual, incluyendo el 30% que hasta el momento ha sido definido como Prima Especial.
- 7) Que se realicen los ajustes y actualice los valores reclamados de acuerdo al índice de precios al consumidor, con el reconocimiento de intereses.
- 8) Hacer las declaraciones *ultra* y *extra petita* por los derechos ciertos e irrenunciables que resulten probados.
- 9) Inaplicar por inconstitucionales, el artículo 6° del Decreto 658 de 2008; artículo 8° del Decreto 723 de 2009, artículo 8° del Decreto 1388 de 2010, el artículo 8° del Decreto 1039 de 2011, el artículo 8° del Decreto 874 de 2012, solo en cuanto le restan el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial.

2.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- 1) Declarar la ocurrencia y existencia del acto ficto o presunto negativo, fruto del silencio administrativo de la RAMA JUDICIAL – C.S.J. y DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, por no haber resuelto el derecho de petición presentado el día 29 de Septiembre de 2014.
- 2) Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, fruto del silencio administrativo de la RAMA JUDICIAL – C.S.J. y DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, por no haber resuelto el derecho de petición presentado el día 29 de Septiembre de 2014, por lo que se entiende negada consecuentemente a mi poderdante, el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y prestacionales que resulten de la reliquidación de sus prestaciones sociales y laborales y el pago de la prima especial sin carácter salarial.

2.3. HECHOS

- 1) El señor Hugo Alfonso Rocha Peralta está vinculado a la Rama Judicial desde el 16 de marzo de 1981 desempeñándose como juez en diferentes despachos judiciales, fungiendo como Juez Primero Civil Municipal de Chaparral – Tolima al momento de la presentación de la demanda.
- 2) Que al demandante la Administración judicial ha tomado el 70% del salario básico mensual para liquidar sus prestaciones sociales y demás emolumentos prestacionales.
- 3) Que al que deprecia no le han pagado la prima especial mensual equivalente al 30% adicional al salario como lo estableció la Ley 4ª de 1992.
- 4) El demandante solicitó el 29 de septiembre de 2014, mediante derecho de petición dirigido a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Ibagué, la reliquidación de todas sus prestaciones con base en el 100% de su remuneración básica mensual, incluyendo en la base de liquidación, el 30% de la asignación básica que se le ha descontado como prima especial sin carácter salarial, y, el reconocimiento y pago de la citada prima como un valor agregado, o plus al salario, con las indexaciones correspondientes.
- 5) La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Ibagué, mediante oficio DSAJ No.000824 de 16 de octubre de 2014 dio respuesta negativa a las solicitudes realizadas por el demandante en el derecho de petición.
- 6) El apoderado judicial de la parte actora aduce que la respuesta del derecho de petición no le fue notificada por ningún medio. A su turno, expone que el demandante se dio por notificado a través de conducta concluyente.
- 7) El demandante se acogió en su integridad al régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 57 de 1993, por lo que sus cesantías se liquidan anualmente.

2.4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

Aduce el apoderado de la parte demandante que con la expedición de los actos acusados se han quebrantado de manera ostensible los artículos 1º, 2º, 5º, 4º, 13, 25, 53 y 209 de la Constitución Política, los artículos 2º y 14 de la Ley 4ª de 1992 y el numeral 7º del Art. 152 de la Ley 270 de 1996.

Indicó que los actos administrativos atacados conculcan lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, ora porque no se brinda protección a las garantías mínimas laborales de la actora y se desmejoran tanto sus salarios como prestaciones, desconociéndose el principio de favorabilidad en materia laboral.

Que las disposiciones Constitucionales prohíben desmejorar el salario de los trabajadores, y que el Gobierno Nacional al expedir los Decretos que establecen el 30% del salario básico como prima especial quebrantan el precepto del artículo 4º de la Constitución en lo tocante a la prevalencia Constitucional e incumplen el mandato previsto en el artículos 1º y 2º del estatuto primigenio que consagra el

Estado Social de Derecho, siendo uno de sus fines esenciales el de lograr la efectividad de los principios y valores Constitucionales.

Que a su vez, los actos administrativos que niegan la reliquidación y pago de la prima al demandante quebrantan el Art. 2° de la Ley 4ª de 1992, cuyo marco, principio y objetivo prohíbe desmejorar los salarios y prestaciones a los empleados de la Rama Judicial. Adicional a ello, el acto administrativo cuya nulidad se solicita trasgreden manifiestamente el numeral 7° del artículo 152 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que contempla el derecho de los funcionarios judiciales a *“percibir una remuneración acorde, con su función, dignidad y jerarquía, la que no podrá ser disminuida de manera alguna”*.

Sostiene que el derecho al trabajo, su remuneración y garantías mínimas, además de tener la categoría de derecho fundamental cuya primacía se establece el artículo 5° de la Constitución, ha sido elevado a la categoría de derechos humanos en Convenios Internacionales del Trabajo y en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales han sido ratificados por Colombia (Declaración Universal de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, Convención Americana de Derechos Humanos, Resoluciones de la O.I.T., normas pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad conforme el artículo 53 y 93 C.P), siendo por tanto vinculantes para el Estado Colombiano y prevalentes en el orden interno, Bloque de Constitucionalidad con el cual rigen los actos administrativos de la Rama Judicial.

En el mismo sentido, arguye que la Administración Judicial al tomar una fracción del salario y denominarlo prima especial vulnera principios como: **i)** prohibición de reducir el salario y prestación de los trabajadores; **ii)** progresividad; **iii)** remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; y **iv)** favorabilidad en materia laboral.

Indica que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ya resolvió con carácter definitivo el problema jurídico planteado, ya que declaró la nulidad de los artículos en los Decretos anuales que establecen el 30% del salario básico mensual como prima especial de servicios.

Finalmente, manifiesta que los actos demandados quebrantan el derecho constitucional fundamental a la igualdad, dado que a todos los trabajadores tanto servidores públicos como privados se les reconoce y paga la prima como prestación laboral, como un incremento, sobresueldo o adición al salario, mientras que a la demandante la prima se aplica como una reducción, recorte o desmejora a su remuneración.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS

En el término otorgado por el despacho para el ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué presentó memorial de contestación de la demanda¹.

¹ Folios 153 y s.s C. Principal

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas bajo los siguientes argumentos: **(i)** que por mandato expreso de la Ley 4ª de 1992 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 cesantías y bonificación de servicios prestados; **(ii)** Que en fallo de 2 de abril de 2009 el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dispuso declarar la nulidad del artículo 7° del Decreto 618 de 2 de marzo de 2007; **(iii)** Que el Art. 230 de la C.P establece la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad judicial y, que el Art. 175 del Decreto 1° de 1984 señala que *“las sentencias proferidas en los procesos de restablecimiento de derecho aprovechara a quien hubiere intervenido en el mismo y obtenido esta declaración a su favor”* en virtud de lo anterior, los fallos judiciales no producen efectos generales frente a las situaciones similares en que se encuentren personas que no tuvieron la declaración a su favor.

A su turno, propuso dos excepciones denominadas: 1. **Prescripción**, la cual recae sobre parte de los derechos laborales reclamados y agrega que la prima especial de servicios está prevista en la Ley 4ª de 1992 y declarada conforme a la Constitución en sentencia C-279 de 1996, razón por la cual el Gobierno Nacional está expresamente facultado para expedir Decretos salariales teniendo la potestad de determinar el 30% de la remuneración mensual sea considerada prima especial sin carácter salarial; 2. **Excepción innominada o genérica**, conforme lo probado en el proceso.

III. TRÁMITE PROCESAL

Se instaura la demanda el 24 de febrero 2015², posteriormente, mediante auto del 26 de febrero del mismo año³ el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué se declaró impedido para conocer del presente asunto, a lo cual, en proveído del 5 de junio de 2015⁴ la Sala del Tribunal Administrativo del Tolima resolvió declarar fundado el citado impedimento, manifestando separar del conocimiento del mismo al Juez Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué.

Mediante auto del 13 de junio de 2015⁵ se procedió a señalar la fecha para la realización del sorteo del Conjuez del medio de control de la referencia, diligencia que se llevó a cabo el 16 de junio del 2015⁶ correspondiéndole al suscrito la dirección del proceso.

En providencia adiada el 21 de julio de 2016⁷, se admite la demanda y se notifica a la parte demandante mediante estado del 22 de julio de 2016, a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se les notifica el 25 de agosto de 2016⁸. Los 55 días de traslado iniciaron el 31 de agosto de 2016⁹ y finalizaron el 24 de noviembre de 2016¹⁰; términos

² Acta individual de reparto a Folio 1. C. Principal

³ Folios 101 – 102 C. Principal

⁴ Folio 122 C. Principal

⁵ Folio 123 C. Principal

⁶ Folios 125 – 126 C. Principal

⁷ Folio 138 C. Principal

⁸ Folios 149 y s.s. C. Principal

⁹ Folio 152 del C. Principal

dados a conocer a las partes mediante publicación en la página web de la Rama Judicial.

Contestada la demanda¹¹, se realiza el traslado de las excepciones propuestas por el demandado en su contestación, término el cual transcurrió desde el 29 de noviembre de 2016 hasta el 01 de diciembre de 2016¹².

Ulteriormente, en proveído del 05 de julio de 2018¹³ se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial, la cual tuvo lugar el 16 de julio de 2018¹⁴, dando ha lugar en el trámite de la misma a que se decidiera prescindir de las audiencias de pruebas y de alegatos y juzgamiento, siendo estos requeridos por escrito, al igual que el concepto del ministerio público.

IV. ALEGATOS DE LAS PARTES

4.1. PARTE ACTORA¹⁵

Insiste el abogado de la parte demandante que en el caso concreto nos encontramos en una situación donde por vía de Decreto se pretende desconocer la norma constitucional, en especial los principios de igualdad y dignidad humana, entre otros, pues considerar que el 30% del salario básico mensual como prima especial, vulnera los derechos fundamentales de la demandante. A su vez, expone que el acto administrativo acusado desconoce el precedente judicial del Consejo de Estado, vulnerando principios tales como la igualdad y la favorabilidad.

Sostiene, que sin lugar a dudas la prima especial de servicios cumple con todos y cada uno de los requisitos para ser tenida como un plus a la asignación mensual, puesto que la misma corresponde a un adicional al pago que recibe el trabajador como contraprestación por la labor realizada, es constante en el tiempo pues se recibe todos los meses y se continuará percibiendo hasta que el empleado sea retirado del servicio.

Manifiesta que conforme al material probatorio allegado al plenario se logra establecer el trato desigual respecto de las personas que ocupan un mismo cargo, pero devengan salario y prestaciones sociales diferentes, evidenciando que la demandante percibe valores inferiores a los que en realidad tiene derecho.

4.2. PARTE DEMANDADA¹⁶

La apoderada de la parte demandada reitera lo manifestado en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas, así mismo, indica que en fallo de 2 de abril de 2009 el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dispuso declarar la nulidad del artículo 7° del Decreto 618 de 2 de marzo de 2007 y que la nulidad del precitado artículo no operó para el artículo

¹⁰ Folio 159 (reverso) C. Principal

¹¹ Folio 153 y s.s. C. Principal

¹² Folios 159 (reverso) y 160 C. Principal

¹³ Folio 183 C. Principal

¹⁴ Folios 191 y s.s. C. Principal

¹⁵ Folios 196 y s.s. C. Principal

¹⁶ Folios 215 C. Principal

6° del mismo cuerpo normativo, finalmente solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

4.3. MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto en esta oportunidad.

V. CONSIDERACIONES

A fin de resolver el asunto de la referencia, el despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: 5.1.- Problema jurídico, 5.2.- De las excepciones propuestas. 5.3 - Del material probatorio recaudado. 5.4.- Marco Normativo y Jurisprudencial: (i) Del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Rama Judicial. (ii) Del Concepto de Salario. (iii) De la excepción de inconstitucionalidad. (iv) Del silencio administrativo negativo. (v) Prescripción de las acciones. 5.5. Tesis del Caso en Análisis.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

En la fijación del litigio, se determinó como problema jurídico a resolver el siguiente:

¿Le asiste derecho o no al demandante al pretender la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia, negó su solicitud de reliquidación y pago de las diferencias salariales existentes entre lo liquidado hasta ahora por la administración con el 70% de su salario básico y la liquidación que resulte teniendo como base el 100 % de su salario básico, incluyendo el 30% de este, que la administración ha tomado a título de prima especial sin carácter salarial y el reconocimiento y pago de la prima especial sin carácter salarial como adición o agregado de la asignación básica, prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, o si por el contrario, los actos administrativos sometidos a control de legalidad, se ajustan a la misma?

5.2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Como previamente se advirtió, las excepciones propuestas de prescripción e innominada, están encaminadas a controvertir el fondo del asunto, de manera que serán analizadas al desatar el problema jurídico.

5.3. DEL MATERIAL PROBATORIO

Obran dentro del expediente las siguientes pruebas documentales:

- Solicitud de reconocimiento, reliquidación y pago de la prima especial y demás emolumentos prestacionales radicada el 29 de septiembre de 2014 ante la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué¹⁷.

¹⁷ Folios 3 y s.s. C. Principal

- Oficio DSAJ-000824 del 16 de octubre de 2014 proferido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué mediante el cual respondió el derecho de petición incoado por el demandante.¹⁸
- Constancia de tiempo de servicios expedidas por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué.¹⁹
- Reportes de nómina expedidos por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué.²⁰
- Certificación de cesantías expedido por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué.²¹
- Certificados de liquidación de cesantías expedidos por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué.²²
- Certificación donde se declara fallida la conciliación prejudicial fechada del 24 de febrero de 2015, expedida por la Procuraduría 106 Judicial I para asuntos administrativos de Ibagué.²³

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

(i) DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA RAMA JUDICIAL.

De conformidad con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así como, el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Corolario a lo anterior, el 18 de mayo de 1992 se expidió la ley 4ª, la cual constituyó el marco para que el presidente de la República fijara el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. La mencionada norma, en su artículo 14 prescribió lo siguiente:

"ARTÍCULO 14. *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

¹⁸ Folios 6 y s.s. C. Principal

¹⁹ Certificación obrante a Folios 9 – 10 C. Principal.

²⁰ Folios 11 y s.s. C. Principal

²¹ Certificación obrante a Folio 34. C. Principal.

²² Certificación obrante a Folios 36 y s.s. C. Principal.

²³ Folio 70 C. Principal

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.*

Posteriormente, la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996 modificó el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y en su tenor literal dispuso:

ARTÍCULO 1º. *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 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.*

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación."

Es decir, la modificación que le introdujo esta norma a la Prima Especial de Servicios creada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 consistió en asignarle carácter salarial solamente para efectos pensionales, el cual originalmente no tenía.

En virtud de estos mandatos del legislador, el Gobierno Nacional cada año ha venido expidiendo los Decretos que determinan el Régimen Salarial de los servidores públicos, en los cuales efectivamente excluye de carácter salarial a la Prima Especial de Servicios creada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Por su parte, el Decreto 57 de 1993 "*por el cual se dictan normas sobre el régimen prestacional y salarial para los empleados de la Rama Judicial y de la justicia penal militar y se dictan otras disposiciones*", en sus artículos 1º y 2º prevé:

"Artículo 1º. *El régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del Poder Público, organismos o instituciones del Sector Público.*

"Artículo 2º. *Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar podrán optar por una sola vez, antes del 28*

de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente Decreto. Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha". (Subraya fuera de texto)"

(ii) DEL CONCEPTO DE SALARIO

A la luz del artículo 1° del Convenio 095 de la OIT, el término **salario** significa: "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."

Por su parte, la ley colombiana y la jurisprudencia del Consejo de Estado han entendido por "salario", como toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio.

En efecto, el artículo 127 del C.S.T estableció que constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, independientemente de la forma o denominación que adopte.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el concepto de salario se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"Desde la expedición de la Ley 83 de 1931, se llama **sueldo** el pago de los servicios de los empleados públicos, el cual debe hacerse por períodos iguales vencidos y sin que sobrepase el mes calendario; se acepta como una noción restringida que coincide con la **asignación básica** fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública. **El salario**, en cambio, es una noción amplia que para el sector público comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, tales como **primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., además de la asignación básica fijada por la ley** para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio (Decreto - ley 1042 de 1978, art. 42). Este concepto, aplicable a la relación legal reglamentaria, propia del vínculo del servidor público, guarda similitud sustancial con la noción aplicable a las relaciones laborales de carácter privado cuando el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dice que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que adopte. Lo cual permite afirmar que salario es la remuneración ordinaria o contraprestación directa de los servicios prestados por el servidor o trabajador, en una relación laboral de índole legal, reglamentaria o contractual. **Las prestaciones sociales**, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para*

*cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", según la Corte Suprema de Justicia, estando representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ella surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades. Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial."*²⁴

Por otro parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto de la noción de salario, enseña que:

*"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones,..."*²⁵

En igual sentido, la Corte Constitucional ha sentado como tesis que la remuneración salarial es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.²⁶

Ahora, respecto de los factores que constituyen salario, el Consejo de Estado ha señalado:

*"es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando".*²⁷

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto a la definición de salario así:

²⁴ Consejo de Estado Sentencia de 21 de junio de 1996 Rad. 839 M.P. Javier Henao Hidrón.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 1995

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-640 de 2013

²⁷ Consejo de Estado Sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 0112-09

"En virtud del principio de la primacía de la realidad, todo pago que reciba un trabajador como contraprestación por sus servicios constituye salario, salvo que corresponda a pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador. Por ministerio del mencionado postulado, el nombre que le asigne el empleador a un determinado rubro, es irrelevante, pues las partes no pueden restarle connotación salarial a un pago que en la realidad retribuye inmediatamente el servicio"²⁸.

Es cardinal aclarar respecto al principio de progresividad que una vez configurado cierto nivel de garantía o protección al trabajador le está proscrito al legislador limitar, restringir o reducir tales derechos ya reconocidos. En caso de que sean desmejorados, tal disposición debe presumirse en contra de la constitución política, hasta tanto no se argumente o soporte suficientemente la medida regresiva. En cuanto al principio de realidad sobre las formalidades, es imperativo del legislador regular las prestaciones sociales o acreencias laborales con relación a la finalidad para la cual han sido creadas.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en relación al principio de realidad sobre las formas:

Ya esta Corporación, en diversas ocasiones, ha sostenido que la carga de razonabilidad a la que se encuentra sometida la función legislativa, conduce a reconocer que la imposición de trabas u obstáculos que desborden la naturaleza de la institución jurídica que se está regulando o los hechos o causas que le sirven de fundamento, exceden los límites competenciales estatuidos por la Constitución al legislador. Ello ocurre principalmente en materia laboral, en virtud de la fuerza vinculante del principio de la primacía de la realidad, el cual se manifiesta en la obligación de suministrarle el nombre y los derechos que emanan de una institución jurídica, de acuerdo a la veracidad de las situaciones o supuestos normativos en que se fundamenta, como sucede por ejemplo con la descripción legislativa de los pagos que constituyen o no salario. (Corte Constitucional de Colombia, C-035, 2005)²⁹.

Corolario a lo anterior, se observa que la Honorable Corte Constitucional ha ido desarrollando progresivamente el concepto de salario, pasando de una postura netamente voluntarista donde simplemente se argumentaba que era el legislador quien debía regular lo concerniente, a reconocer los alcances y límites que tiene esta corporación al momento de determinar qué constituye salario o no. Entre otros, se hizo amplia referencia al principio de realidad sobre las formas, precisando que el legislador no podría desconocer la finalidad del derecho laboral que fuese a regular. También fue asimilando que la naturaleza retributiva de un pago realizado al trabajador es determinante para significarlo como salario.

²⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SU 6794-2015, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C – 035 del 25 de enero de 2005. Expediente N° D – 5290. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

(iii) DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El apoderado de la parte actora pretende que se inaplique por inconstitucional el artículo 6º del Decreto 658 de 2008; artículo 8º del Decreto 723 de 2009, artículo 8º del Decreto 1388 de 2010, el artículo 8º del Decreto 1039 de 2011, el artículo 8º del Decreto 874 de 2012, solo en cuanto le restan el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial, por lo que el despacho considera pertinente hacer las siguientes manifestaciones:

Con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial lo expresado en la Sentencia SU-132 de 2013, la excepción de inconstitucionalidad,

"es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto ínter 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".

(...)

"cuando el funcionario inaplica la excepción solicitada por las partes, siendo procedente, genera específicamente, un defecto sustantivo por inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad. Éste defecto se presenta cuando "la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (b) es inconstitucional, (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.

También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución".

(...)

La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los

derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma.

Por considerar que explica el concepto y alcance de la citada excepción, el despacho translitera lo expresado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia³⁰,

“Es así como, entre los numerosos y repetidos pronunciamientos que en ese sentido ha proferido esta jurisdicción, la Sala tiene señalado que “La excepción de inconstitucionalidad consiste en dejar de aplicar en un caso concreto una norma jurídica por ser contraria a la Constitución Política,” y que “Ello supone necesariamente que la norma en cuestión sea la aplicable al caso controvertido y se busca precisamente a través de tal excepción que la autoridad judicial o administrativa deje de aplicarla, en aras de salvaguardar la supremacía de la Constitución y el orden jurídico”.

A su vez, la Sección Quinta de la Corporación la ha precisado de igual forma, a saber:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido en el sistema jurídico colombiano la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad, pues mientras que a la Corte Constitucional y, de manera residual, al Consejo de Estado se les confía el control de constitucionalidad en abstracto (artículos 241 y 237, numeral 2°, de la Constitución Política), el control de constitucionalidad concreto tiene lugar en desarrollo del artículo 4° de la Carta Política cuando, al momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, el servidor encargado de aplicarla advierte su ostensible e indudable oposición a mandatos constitucionales.

En efecto, el fundamento de la llamada excepción de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Y se le califica como control de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla, por

³⁰ Sentencia de 1° de noviembre de 2007, Radicación 1999-00004-01, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

*tanto, en este caso de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso.*³¹ (Subrayas no son del texto)

"Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

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.

Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.).

*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 -se repite- 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*³².

³¹ Sentencia de 14 de diciembre de 2006, Sección Quinta, expediente núm. 3975-4032, consejero ponente doctor Darío Quiñónez.

³² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara). (Subrayado fuera de texto)". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

(iv) DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El silencio administrativo negativo no es otra cosa que la ausencia de manifestación expresa por parte de la Administración Pública frente a las peticiones o recursos incoados por los administrados y, es claro que esta inacción por parte de la Administración no debe ser óbice para que los deprecantes obtengan una respuesta a sus requerimientos; es por ello que tenemos que dicha figura jurídica se encuentra contemplada en nuestra normatividad y ha sido desarrollada por mentada jurisprudencia de los órganos de cierre.

Tenemos que la Ley 1437 de 2011 en su artículo 83 establece,

"Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión. (..)"

A su turno el art. 164 ibídem del mismo cuerpo normativo señala,

ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:
(...)

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo.
(Negrilla fuera de texto).

Conforme con la anterior norma, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser ejercido en cualquier tiempo, cuando recaiga sobre actos administrativos producto del silencio administrativo. La no exigencia de un determinado término para demandar tiene fundamento en el hecho de que el administrado queda a la espera de obtener una respuesta o la resolución de un recurso oportunamente, pero si la administración sobrepasa los términos sin decidir, ese silencio equivale a un pronunciamiento negativo.

Ahora, respecto a los requisitos para que opere el silencio Administrativo negativo, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente³³:

"Como claramente lo ha precisado la jurisprudencia, para que el silencio administrativo pueda producir efectos jurídicos deben darse dos circunstancias:

- a) *Que la administración deba, de acuerdo con la ley, hacer o decir algo en un término preciso, y*

³³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 4997 de Dic/13/93, M.P. CONSUELO SARRIA OLCOS

b) Que el termino transcurra sin que la administración actué..."

(v) PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

Respecto a la prescripción de las acciones laborales ejercidas por empleados públicos o trabajadores oficiales tenemos que la misma encuentra sustento en los Decretos 3135 de 1968 y 1948 de 1969, los cuales establecen las directrices a seguir en cuanto al término de prescripción y la interrupción del mismo.

Tenemos que el Decreto 3135 de 1968, artículo 41 dispone:

"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 vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, señala:

"Prescripción de acciones.

- 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/a 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."*

Como se puede inferir, las normas que regulan lo atinente a la prescripción señalan que la misma se empieza a contar en contra del trabajador únicamente a partir del momento en que el derecho se hace exigible y por ende, proceder en sentido contrario sería cercenar los derechos laborales, ya que se le estaría castigando por no haber reclamado antes de que se le indicara la existencia de un beneficio.

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.

Las consideraciones expuestas tienen soporte en las previsiones contenidas en la sentencia dada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, el 21 de marzo de

2002, dentro del expediente 4238, y con ponencia del Magistrado Alejandro Ordoñez Maldonado, que reza,

“Es cierto que expresamente el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 no se refirió a la prescripción trienal de los “salarios” de los empleados públicos y que una interpretación exegética de dicha norma conlleva a afirmar que como el lapso allí previsto solamente se sujetó a las acciones que emanan de los derechos consagrados en el mentado estatuto, entre los cuales expresamente no se contemplan los salariales sino los prestacionales, la prescripción no se gobierna por dicha norma.

Se une a esta interpretación, desde luego la fundada en un método exegético, en el ámbito normativo que regula el Decreto 3135 de 1968 que prevé, “ el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, y por ende, no obstante que la Ley 65 de 1967, literal h artículo 1°, revistió al Presidente de la república de facultades extraordinarias no sólo para establecer el régimen de las prestaciones sociales sino también para “fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos”, al desarrollar tal facultad, el ejecutivo restringió las reglas sobre la prescripción al área de los derechos contemplados en dicho estatuto.

No se puede tener que el vacío normativo que presenta el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, conlleve a radicalizar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho salarial o permitir subsidiariamente la vigencia del término veintenario contemplado en el artículo 2536 del Código Civil, puesto que en una interpretación sistemática, es preciso reconocer entonces que la prescripción de los derechos laborales no previstos en dicha norma se regula por otras disposiciones que establezcan la materia.

En este sentido, es de recibo aplicar el trienio prescriptivo que se enuncia en el artículo 151 del Código Procesal Laboral y que consagra este fenómeno para las “acciones que emanen de las Leyes sociales”, norma que por su carácter de orden público y ante ausencia de precepto normativo de carácter especial, es viable para suplir esta falencia por aplicación analógica.

La Ley 153 de 1.887 artículo 8° al preceptuar los principios de interpretación jurídica, acepta como regla de hermenéutica la analogía cuyo alcance se explica en que “cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las Leyes que regulen casos o materias semejantes”.

5.5. TESIS FRENTE AL CASO EN ANÁLISIS

Previo a dilucidar la controversia planteada se deberá examinar el acto administrativo contenido en el oficio DSAJ N° 000824 del 16 de octubre de 2014³⁴ por ser este objeto de cuestionamiento, siendo este el instrumento mediante el cual la entidad demandada resolvió el derecho de petición de la parte actora, quien al obtener una respuesta contraria a sus intereses decide acudir a la jurisdicción contencioso administrativa haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es por ello que se hace imperante realizar las siguientes aclaraciones con relación al silencio administrativo negativo, y para ello me permito remitirme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en Sentencia de constitucionalidad que reza³⁵,

El legislador en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, introdujo en el texto acusado una nueva hipótesis en la que la ausencia de respuesta de la administración frente a un requerimiento específico del administrado, en este caso, la interposición de un recurso, se entiende resuelto a su favor. La regla general en nuestro ordenamiento ha sido que agotados los plazos que tiene la administración para dar respuesta a un requerimiento de carácter general o individual sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento. Esta figura ha sido denominada silencio administrativo negativo y consiste en una ficción para que vencidos los plazos de ley sin una respuesta por parte de la administración, se genere un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el administrado puede recurrir ante la misma administración o la jurisdicción.

(...)

En términos constitucionales se puede definir la figura del silencio administrativo como una herramienta que el legislador ha dispuesto para que el ciudadano pueda: i) hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, en el caso del silencio administrativo negativo, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del este estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración, en el caso del silencio administrativo positivo, en la medida en que el mutismo de aquella concreta en su cabeza un derecho.

Es oportuno recordar que la contumacia o rebeldía de la Administración de no notificar los actos administrativos de carácter particular y concreto conforme a lo establece la Ley, no puede ser impedimento bajo ningún punto de vista limitar los derechos del mismo, razón suficiente, en aras de la hermenéutica jurídica, el interesado podía demandar directamente como se hizo, el acto administrativo hoy

³⁴ Folios 3 y s.s. del C. Principal

³⁵ Sentencia C-875 de 2011

objeto de censura, pues al omitir la notificación la incuria de la Administración no puede ser obstáculo para demandar pronta y cumplida justicia.

En el sub examine, el señor Hugo Alfonso Rocha Peralta mediante derecho de petición le solicito a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué le reconociera la prima especial de servicios como un plus adicional al salario y, corolario a lo anterior se reliquidara su salario, todas sus prestaciones sociales y se pagaran las diferencias producto de dicha reliquidación, a lo cual la entidad demandada mediante el acto administrativo objeto de cuestionamiento DSAJ N° 000824 del 16 de octubre de 2014 resolvió de forma negativa la solicitud incoada por la parte actora.

Revisado el acto administrativo en cuestión, es claro que la demandada proporciono una respuesta de fondo a la solicitud elevada por la parte actora y esta decisión no le fue notificada al demandante conculcando con ello los preceptos legales y constitucionales, afirmación que es dable realizar conforme a que revisado el expediente en su totalidad no se logró avizorar prueba siquiera sumaria que permitiera inferir que la entidad demanda cumplió con el deber legal de notificar la decisión adoptada respecto al requerimiento del deprecante; la anterior situación, sin duda permite aseverar que en el caso sub examine se configuro el silencio administrativo negativo producto de la desidia de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué.

Ahora, comoquiera que el problema obrante en la demanda reside en la aplicación que hizo el Gobierno Nacional del fenómeno de la prima especial sin carácter salarial para un grupo de servidores del Estado, conviene examinar los alcances de esta figura dentro del contexto jurídico de la función pública conforme al régimen que lo ha regulado antes de la expedición de la Constitución de 1991, y después de la misma, a fin de desentrañar con mayor claridad posible, la textura de la citada figura, por cuanto hace parte del universo jurídico plasmado en la ley 4ª de 1992. Veamos:

Principíese por señalar que, conforme al acto legislativo surgido del plebiscito de 1957 (artículo 5°), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia del servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; no obstante, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que posibilitó la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, derivándose los Decretos 2400 de 1968, y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de "primas", para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.

En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968 contentivo de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos

públicos, la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

Por consiguiente, el Despacho puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la carta de 1991 opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas, las cuales representan un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992 retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la carta de 1991, y conforme a su Ley marco, sigue situándose como un incremento o "plus" para añadir el valor del ingreso laboral del servicio.

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si le asiste razón a la tesis que considera el concepto de prima como un componente que integra la remuneración de los servidores públicos, habida cuenta que, puede, válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado a la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma.

Prima facie es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de justicia, es decir, es carga de la justicia 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 de un Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usada 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.

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 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.

Además de los argumentos anteriormente expuestos, es importante tener en cuenta que por virtud del artículo 9° de la Constitución Política, el Estado colombiano reconoce los principios del derecho internacional que hayan sido debidamente aceptados por Colombia, disposición que es concordante, entre otros, con el artículo 27 de las Convenciones de Viena y el artículo 2° de la Resolución del 13 de septiembre de 1989, suscrita en Santiago de Compostela.

En virtud de ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, estableció como norma para el desarrollo del progreso, la obligación de los Estados de adoptar medidas a nivel económico y técnico que logren progresivamente la efectividad de los derechos.

Así mismo, el artículo 4° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en el Salvador el 17 de noviembre de 1988, aprobado en nuestra legislación mediante la Ley 319 de 1996, estableció que a los Estados les quedaba prohibido restringir o menoscabar un derecho reconocido y vigente en la legislación interna, figura conocida como prohibición de regresividad.

A la luz de los principios establecidos por los pactos y tratados internacionales, es claro que la interpretación que debe darse a la ley 4ª de 1992 y sus Decretos reglamentarios debe ser aquella que garantice la progresividad de los derechos, que, para el caso concreto, no es otra que la cancelación de la prima especial de servicios como un plus a la asignación básica y no como un porcentaje de la misma.

En efecto, bajo las actuales condiciones de desarrollo social y político las condiciones laborales han alcanzado un alto grado de protección, de tal manera que cualquier retroceso que se presente es contrario al ordenamiento jurídico. Bajo esas circunstancias, pretender que al salario o una parte de éste se le otorgue una connotación distinta, constituye una determinación regresiva en la medida que en lugar de generar incrementos en la remuneración del servidor (como fue el querer de la ley 4ª) lo que está es disminuyendo el mismo.

Por lo tanto, las normas que reglamentan la Ley 4ª deben ser entendidas a la luz del principio de progresividad y propender por el mejoramiento de los beneficios laborales económicos para los trabajadores, situación que en el caso concreto no viene ocurriendo, toda vez que la forma como se le ha cancelado la prima especial de servicios a la actora implica un retroceso.

Frente a este tema, el Consejo de Estado en sentencia del 02 de abril de 2009, mediante la cual declaró la nulidad del artículo 7° del Decreto 618 de 2007 rectificó su jurisprudencia frente al concepto de prima, considerando que cuando se habla de dicha prestación debe entenderse como un fenómeno retributivo de carácter adicional, es decir, que acogió la segunda interpretación, al afirmar que:

*"(...) la noción de 'prima' como concepto genérico, emerge a título de **reconocimientos económicos adicionales** para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican **un aumento en su ingreso laboral**, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un 'plus' en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.*

*"Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991. Opera invariablemente como un fenómeno retributivo **de carácter adicional** a la actividad laboral cumplida por el servidor público.*

*"Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un **incremento a la remuneración**; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario **de adición a la remuneración** de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como **un incremento, un "plus" para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.***

Ahora, si bien el artículo 7° del Decreto 618 anulado en la precitada sentencia no incluye a Magistrados, Jueces y demás funcionarios relacionados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, la norma anulada si reglamentaba la prima, de manera idéntica a los Decretos anuales que reglamentan esta prestación para los funcionarios de la rama judicial, considerándola como parte del salario básico.

Al declararse por el Consejo de Estado abiertamente inconstitucional e ilegal el pluricitado artículo, se expulsó y eliminó del ordenamiento jurídico dicho concepto normativo. Lo declarado inconstitucional o ilegal es el concepto normativo de considerar la prima especial sin carácter salarial, como parte del salario.

Criterio que ha sido replicado por la máxima autoridad de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en copiosa jurisprudencia, en la cual ha ratificado que el concepto de prima debe entenderse como un agregado o adición al salario, tenga o no carácter salarial y que jamás podrá ser parte de la remuneración básica misma porque ello implicaría reducción, disminución y regresión del salario de los funcionarios judiciales para los cuales se ha creado, ejemplo de ello es la

sentencia del 19 de Mayo de 2010³⁶, en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el Consejo de Estado inaplicó por inconstitucional los Decretos y el concepto normativo que le imputan la prima al mismo salario básico y ordenó re-liquidar las prestaciones del Juez de Familia demandante, teniendo como base el 100% de su salario legalmente establecido incluyendo el 30% que a este se le ha reducido para tenerlo como prima.

Resulta prístino afirmar que la prima prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, no tiene carácter salarial, por así disponerlo tal dispositivo normativo que le sirve de fuente, este aspecto no se discute, lo que resulta abiertamente contrario a la Constitución y a las restantes normas inferiores del sistema jurídico es tomar una parte del salario para darle la categoría de prima, porque allí no se estaría creando un beneficio o adición al salario, sino que termina reduciéndose en sus efectos prestacionales, por no tener la prima carácter salarial.

De lo dicho hasta ahora se concluye que los Decretos que reglamentan la prima especial sin carácter salarial del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, tomando el 30% del salario básico para entenderlo por prima, en realidad no crean prima alguna, bajo éste entendido y con tal concepción reduce y disminuye el salario de los servidores judiciales, ya que le quitan el carácter prestacional a un 30% del salario básico, quebrantando con ello los principios de progresividad de no regresión, la prohibición de desmejorar los salarios de un trabajador, menoscaban el derecho al trabajo de los servidores judiciales.

Ahora bien, tenemos que mediante el Decreto 57 de 1993, el Gobierno Nacional estableció un régimen obligatorio para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y el artículo 2º prevé que los servidores públicos que ya venían vinculados a la entidad tendrían derecho para optar por el régimen nuevo, para lo cual debían manifestarlo hasta antes del 28 de febrero de 1993 y que en caso de que guardaran silencio, se entendería que se mantenían en el régimen anterior.

Bajo este contexto, el Despacho en aras de establecer una mayor claridad con respecto a la temática objeto de estudio, se permite realizar un parangón entre los Decretos que se expiden anualmente, los cuales fijan los salarios para cada uno de los regímenes así:

REGIMEN SALARIAL NUEVO	REGIMEN SALARIAL ANTIGUO
En cumplimiento de lo dispuesto en al artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, <u>se considerará como Prima, sin carácter salarial el treinta por ciento (30%)</u> 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.	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, <u>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.</u> La prima a que se refiere el presente artículo, es incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7º del presente Decreto.

³⁶ Rad. No. 250002325000200501134-01 (07-0419)

Como se puede avizorar, la misma situación se regula de manera diferente para aquellos que se encuentran cobijados por el régimen salarial previsto en el Decreto 57 de 1993 y demás normas que lo modifican, pues a estos de manera expresa se les indica que "se considerará como prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual"; mientras que para los que pertenecen al régimen anterior, se dice que "tendrán derecho a percibir a partir del 1° de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico".

En ese orden de ideas, es claro que a los primeros se les cancela una suma de dinero y de la misma el 30% se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial, quedando por tanto como asignación básica el 70% de lo percibido. Mientras tanto, la prima especial de servicios es en cuantía, equivalente al 30% del salario básico, de donde se desprende que no se toma la asignación básica y a la misma se le descuenta un 30% por concepto de prima especial de servicios, sino que esta es un plus o agregado al básico.

Es capital establecer si ese tratamiento diferencial encuentra sustento en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, como quiera que esta fuera la disposición que consagra la obligación para que el Gobierno Nacional estableciera la prima. Así, tenemos que de la lectura de la norma en comento se extraen las siguientes conclusiones:

- a) La prima debe oscilar entre un 30% y un 60% del salario básico;
- b) No puede ser computada como factor salarial;
- c) A ella tienen derecho los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público Delegados ante la Rama Judicial y Jueces de la República. También tienen derecho a ella los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, siempre y cuando no se acogieran a la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación.

Como se puede notar, no se estableció diferencia alguna entre funcionarios que se acogieran a uno u otro régimen salarial y por tanto, no se justifica el trato diferenciado que el ejecutivo le ha dado al expedir los distintos Decretos que fijan los salarios para esta clase de servidores públicos, de donde se desprende vulneración al derecho fundamental a la igualdad.

La prima, por tanto, está legalmente creada tanto en la ley 4ª de 1992 en su artículo 14, como en los Decretos que la reglamentan en su sentido natural de incremento al salario, luego, ella constituye un derecho adquirido que se ha radicado en cabeza de los servidores judiciales que son sus destinatarios y no podía ni puede ser desconocida por normas posteriores que la hayan regulado indebidamente, por mandato expreso del artículo 58 de la Constitución y porque su supresión implica regresar y desproteger el salario de los servidores beneficiarios, principios que no se pueden quebrantar, según los artículos 5°, 25 y 53 de la Constitución Nacional, artículo 2° de la ley 4ª de 1992 y artículo 152 numeral 7° de la Ley 270 de 1996.

Colofón a lo anterior, se tiene 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 como factor de liquidación.

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, englobando 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%.

Lo anterior permite establecer que la prima especial debe corresponder a una suma adicional a esa asignación básica como lo ha explicado en forma amplia el Consejo de Estado en sentencia del 9 de julio de 2014³⁷, en Sala de Conjuces, mediante la cual anularon los artículos pertinentes a la prima especial de servicios en varios Decretos expedidos entre 1993 y 2007, dicen los apartes pertinentes del fallo:

"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 adicionada al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)	Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)
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	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

³⁷ Sentencia con radicación No, 11001-03-25-000-2007-00087-00, M.P. MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ

Posteriormente, en sentencia proferida el 02 de septiembre de 2015³⁸ por la misma corporación, igualmente en Sala de Conjuces, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho donde se plantearon similares pretensiones a las del proceso que nos ocupa, se dijo:

"Hecha estas precisiones, para esta Sala de Conjuces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado".

Criterio corroborado en la Sentencia del 2 de septiembre de 2019³⁹ del Honorable Consejo de Estado, la cual estableció: *"esta Sala concluye 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 básico y/o asignación básica para darle esa denominación."*

Por lo anterior, es diáfano afirmar que la prima especial debe tenerse como un ingreso adicional al salario básico devengado por el servidor público, además se determinó en la misma sentencia que el ingreso mensual se debe liquidar de manera que incluya el salario básico más un 30% adicional a título de prima especial de servicios. Así mismo, que *"las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios"*.

Ahora, en la precitada sentencia, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia en lo tocante a la prima especial consagrada el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y afirmó lo siguiente:

"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 de jubilación."

2. Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4ª 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

³⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Conjuces Ponente Dra. Carmen Maya de Castellanos. proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 73001233100020110010202 de José Fernando Osario Cifuentes contra la Nación — Rama Judicial — Consejo Superior de la Judicatura — Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

³⁹ SUJ-016-CE -52-2019

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 4ª 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"

Todo esto impone necesariamente concluir a la luz del Estado social de derecho que los destinatarios de la prima especial sin carácter salarial creada por el Art. 14 de la Ley 4ª de 1992 y reglamentada correctamente como valor adicional al salario, se consolidó como derecho adquirido de la actora y por ello no podía el Gobierno y menos la administración suprimírselo mediante Decretos posteriores que constituye además un desconocimiento a lo preceptuado en el capítulo 111 Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como ha sido advertido, se debate en el caso *sub examine*, si el demandante como empleado del régimen acogido de la rama judicial, tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima especial, no como 30% tomado de su salario, sino como un plus al mismo y, con base a lo anterior, re-liquidar todas las prestaciones sociales y demás emolumentos prestacionales devengados a partir del momento de su vinculación con la demandada y por el tiempo que persista la relación legal y reglamentaria, debiéndose inaplicar por inconstitucionales los Decretos citados por el accionante en el libelo introductorio; solo en lo relacionado a tomar el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial.

En este orden de ideas, atendiendo las pruebas allegadas se advierte que el demandante se encontraba vinculado a la Rama Judicial desde el 16 de marzo de 1981 y a la fecha de la presentación de la demanda se desempeñaba en el cargo de Juez Primero Civil Municipal de Chaparral, conforme se advierte en el contenido de la certificación allegada por la parte actora⁴⁰.

Se evidencia entonces, que el señor Hugo Alfonso Rocha Peralta devengó las siguientes asignaciones salariales:

⁴⁰ Certificación de tiempos de servicio obrante a Folio 10 del C. Principal.

Año Concepto	Remuneración Básica legal	Sueldo básico reducido pagado por la administración judicial.	Aparente prima especial de servicios. Ley 4ª/92 que es parte del salario básico legal.
2014	4'735.742 Art.08 Dec.194 de 2014	3'642.879	1'092.863
2013	4'600.487 Art.08 Dec.1024 de 2013	3'538.836	1'061.651
2012	4'447.493 Art.04 Dec.0874 de 2012	3'421.148	1'026.345
2011	4'235.707 Art. 04 Dec. 1039 de 2011	3'258.236	977'471
2010	4'105.560 Art.03 Dec.1405 de 2010	3'158.123	947.437
2009	4'005.424 Art.08 Dec.723 de 2009	3'081.095	924.329
2008	3'668.978 Art.06 Dec.658 de 2008	2'822.291	846.687
2007	3'471.452 Art.06 Dec.618 de 2007	2'670.348	801.104
2006	3'321.963 Art.06 Dec.389 de 2006	2'555.356	766.607
2005	3'163.774 Art.09 Dec.935 de 2005	2'433.672	730.102
2004	2'998.837 Art.09 Dec.4171 de 2004	2'306.798	692.039
2003	2'873.825 Art.09 Dec.3568 de 2003	2'210.635	663.190
2002	2'757.989 Art.06 Dec.673 de 2002	2'121.530	636.459
2001	2'632.422 Art.09 Dec.1474 de 2001	2'024.940	607.482
2000	2'547.340 Art.09 Dec.2739 de 2000	1'959.492	587.848
1999	2'332.088 Art.09 Dec.43 de 1999	1'793.914	538.174
1998	2'063.794 Art.09 Dec.64 de 1998	1'587.534	476.260
1997	1'662.496 Art.09 Dec.47 de 1997	1'278.843	383.653
1996	1'539.348 Art.09 Dec.34 de 1996	1'184.114	355.234
1995	1'338.563 Art.09 Dec.104 de 1994	1'029.664	308.899

Bajo este panorama, resulta claro que el Ejecutivo en su actividad reglamentaria se ha extralimitado en sus facultades al establecer a través de los 658 de 2008; 723 de 2009; 1388 de 2010; 1039 de 2011; 874 de 2012; 1024 de 2013, como prima especial de servicios el 30% del salario básico mensual.

En efecto el artículo 53 de la Constitución Política dispuso:

*"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes **principios mínimos fundamentales**:*

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

En igual sentido, el artículo 2° de la Ley 4ª de 1992 fijó los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios enumerados en el artículo 1° de la mencionada norma, así:

ARTÍCULO 2o. *Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

*a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.** (Resaltado del despacho).*

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido enfática en definir los límites a los que se encuentra sometido el Ejecutivo para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos así:

"En efecto el diseño constitucional previsto para las leyes marco parte de reconocer que existen determinadas materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso- como efectivamente sucedía en el régimen constitucional anterior- en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del Ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que le fije el legislador"⁴¹.

Por consiguiente, el Despacho considera que con ocasión de la expedición de los Decretos 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, en lo que concierne a la regulación de la prima especial de servicios, el Ejecutivo desconoció los postulados internacionales y constitucionales respecto a la aplicación de los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, así como los objetivos y principios señalados en la ley 4ª de 1992, toda vez que despojó del 30% la asignación mensual del demandante para darle el carácter de prima, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales de los empleados públicos de la Rama Judicial acogidos al Decreto 57 de 1993.

De manera que es extraño al derecho, aceptar que la prima especial de servicios por más exenta que esté de su carácter salarial, salvo para efectos de cotización al sistema de seguridad social, al ser considerada un parte de la asignación mensual representa en suma una merma al valor de las prestaciones sociales de la demandante, es consecuencia evidente de lo considerado indicar que los Decretos en referencia materialmente condensan una situación de violación a los principios, contenidos y valores establecidos en el artículo 1º del Convenio 095 de la OIT, el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad tal expresión.

Así las cosas, el suscrito observa que la demandante ha percibido la prima especial no como un 30% adicional al salario devengado, sino tomado como parte del 100% de su asignación mensual, por ende, sus prestaciones sociales y demás emolumentos han sido liquidados teniendo como base solo el 70% de su retribución mensual, según se desprende de los reportes de nómina obrantes en el expediente; situación que como se ha manifestado a lo largo de las

⁴¹ Sentencia C-402 de 2013

consideraciones del presente fallo es contraria a los preceptos Constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Analizado el objeto creador del derecho reclamado, se considera, que si bien es cierto los desarrollos jurisprudenciales le dan a las prestaciones sociales una connotación de imprescriptibilidad, dicha figura no es absoluta, ni faculta a la demandante para que al momento de ser resuelto de fondo su pedimento se vea beneficiado con el pago de derechos que no fueron oportunamente reclamados, en el entendido que se le impone una carga relacionada con la acción de reclamar, la cual determina la ocurrencia del fenómeno de la prescripción respecto de aquellos que no fueron ejercidos en su debido momento y cuya carga es imputable al accionante.

Tal como se ha mencionado en la Jurisprudencia, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos o trabajadores oficiales los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1948 de 1969 establecen que el término de prescripción es de 3 años contados a partir de la exigibilidad del derecho que se alega y que la prescripción se interrumpe por un lapso igual con el simple reclamo escrito ante la autoridad que le corresponde conceder el derecho.

En tal sentido, se concede al trabajador la oportunidad para reclamar todo derecho que le ha sido concedido pero imponiendo un límite temporal, el cual una vez transcurrido hace presumir que no le asiste ningún interés en el reclamo, puesto que no ha realizado ninguna manifestación dentro de la oportunidad que razonablemente le fue otorgada. En consecuencia y una vez transcurrido el lapso otorgado por el legislador para efectuar el reclamo, bien puede el empleador proponer la excepción de prescripción extinguiendo de esta forma el derecho del empleado.

Ahora, frente a la prescripción de la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992 la jurisprudencia no ha sido pacífica, debido a que no se tenía claridad respecto a partir de qué momento se hace exigible el derecho y así dar inicio al conteo del término de la prescripción, pero este galimatías ya fue zanjado en reciente Sentencia del 2 de septiembre de 2019⁴² el Honorable Consejo de Estado, la cual predica,

“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 4ª 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

⁴² SUJ-016-CE -52-2019

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 podían 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."

A efectos de contabilizar la prescripción, avizoramos que la parte actora presentó la reclamación administrativa el 29 de septiembre de 2014, por ende, y en concordancia a los preceptos legales y jurisprudenciales expuestos, se infiere que la inacción para presentar la reclamación administrativa dentro del término trienal dio lugar a la figura de prescripción extintiva del derecho respecto a los periodos anteriores la fecha de presentación de la reclamación administrativa; con fundamento a lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la excepción de prescripción de buena parte de los derechos reclamados propuesta por el extremo pasivo de la Litis esta llamada a prosperar.

Ahora, siendo este el panorama, se encuentra que en las pretensiones de la demanda se solicita la declaratoria de la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No DSAJ-000824 del 16 de octubre de 2014 mediante el cual se negó el reconocimiento, pago de la prima especial desde el 1 de enero de 1993 y la cual fue reconocida a través del Ley 4ª de 1992 para efectos de re-liquidar las prestaciones sociales del demandante.

Conforme a lo expuesto, el despacho se encuentra forzado a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No DSAJ-000824 del 16 de octubre de 2014, toda vez que su expedición se fundó en unas normas que en el presente caso serán inaplicadas parcialmente por ser inconstitucionales e ilegales y en consecuencia el Despacho ordenará a la RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE IBAGUÉ, que a título de restablecimiento del derecho re liquide todas las prestaciones sociales del demandante previstas en el régimen salarial de acogido al Decreto 57 de 1993, teniendo en cuenta el 100% de la asignación salarial mensual, así como el reconocimiento y pago de la prima especial como un plus adicional al salario creada en virtud de la Ley 4ª de 1992 desde el 29 de septiembre de 2011 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado y hasta la finalización de su vínculo laboral.

Los dineros que debe reconocer la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE IBAGUÉ al demandante deben

ser actualizados en los términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente debe determinarse, multiplicando el reajuste dejado de pagar al demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula pertinente se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

6. DE LAS COSTAS.

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado⁴³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio.

Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez. Por lo anterior, la Sala no condenara en costas al extremo procesal vencido, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o de mala fe de las partes, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada respecto de los derechos reclamados en el interregno comprendido entre el 01 de enero de 1993 hasta el 28 de septiembre de 2011, corolario a lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO. DECLARAR no probada la excepción innominada o genérica propuesta por la parte demandada.

TERCERO. INAPLICAR por inconstitucional e ilegal, para el caso en concreto, el artículo 6° del Decreto 658 de 2008, artículo 8° del Decreto 723 de 2009, artículo

⁴³ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez. «(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder en costas, solo le da la posibilidad de "disponer: esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

8° del Decreto 1388 de 2010, artículo 1039 de 2011, artículo 8° del Decreto 874 de 2012, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO. DECLARAR configurado el silencio administrativo negativo del acto administrativo contenido en el oficio DSAJ 000824 del 16 de octubre de 2014 proferido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Ibagué conforme a lo expuesto en las consideraciones del presente fallo.

QUINTO. DECLARAR la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de notificación del acto administrativo contenido en el oficio DSAJ 000824 del 16 de octubre de 2014 proferido por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Ibagué, mediante el cual se negó el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial y la reliquidación de las prestaciones sociales al demandante.

SEXTO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE IBAGUÉ a reconocer y pagar a favor del señor Hugo Alfonso Rocha Peralta la prima especial creada con la Ley 4ª de 1992 como un 30% adicional al salario básico mensual desde el 29 de septiembre de 2011 en adelante, por el tiempo efectivamente laborado en la RAMA JUDICIAL y hasta la terminación de la relación legal y reglamentaria, re-liquidando con el 100% del salario básico mensual, las prestaciones sociales y demás emolumentos prestacionales devengados por el demandante.

SÉPTIMO. A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE IBAGUÉ a pagar a favor del señor Hugo Alfonso Rocha Peralta las diferencias resultantes de la reliquidación del salario básico mensual, las prestaciones sociales y demás emolumentos prestacionales tomando como base el 100% del salario básico mensual.

OCTAVO. CONDENAR a la Rama Judicial- Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué a actualizar el valor de los dineros adeudados en términos del artículo 187 del CPACA, conforme a los lineamientos emitidos en la parte considerativa de la presente determinación.

NOVENO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO. ORDENAR a la demandada dar cumplimiento a la presente sentencia según lo dispuesto en los artículos 192 y S.S. del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO. Sin condena en costas.

DÉCIMO SEGUNDO. NOTIFICAR a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA; téngase en cuenta que, contra la presente decisión, procede el recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 *ejusdem*.

DÉCIMO TERCERO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso, quedaren remanentes a favor del depositante, se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias auténticas y digitales que soliciten las partes previo el pago de las expensas que correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRES PERDOMO ROJAS', is centered above the printed name.

CARLOS ANDRÉS PERDOMO ROJAS
CONJUEZ