



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**

**Tunja, cuatro (04) de febrero de dos mil veinte (2020)**

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
DEMANDANTE: **EDGAR KURMEN GOMEZ**  
DEMANDADO: **NACION- RAMA JUDICIAL – DIRECCION  
EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**  
RADICACIÓN: **15001333300120150017-00**

**I.- MEDIO DE CONTROL**

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderado, por el doctor EDGAR KURMEN GOMEZ, en contra de la NACION- RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL<sup>1</sup>.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.**

Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, suscrito por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Tunja - Boyacá y en la Resolución No. 2232 de 4 de febrero de 2014, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, mediante los cuales se negó la petición de reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas las prestaciones sociales – primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, teniendo en cuenta el 100% del salario mensual del accionante, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación, como factores salariales.

Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante el salario y las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima especial de servicios y la

---

<sup>1</sup> Fls. 1

bonificación por compensación (desde la vigencia del decreto 610 de 1998), es decir desde el 18 de mayo de 1992 hasta la fecha hasta que se profiera la sentencia y se haga efectiva el fallo.

Que en lo relativo a las cesantías e intereses a las cesantías, estas se consignen en el fondo de cesantías al que se encuentra afiliado la accionante. Así mismo se pague las sanciones por la mora en el pago de cesantías contempladas en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

Que se condene a la entidad demandada, a pagar intereses moratorios, y a indexar los valores a reconocer, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Que en relación a la Prima Especial solicitó se aplique la excepción de inconstitucionalidad, las expresiones contenidas en los Decretos 57 de 1993 (art. 6), 106 de 1994 (art. 6), 43 de 1995 (art. 7), 36 de 1996 (art. 6), 076 de 1997 (art. 6), 64 de 1998 (art. 6), 44 de 1999 (art. 6), 2740 de 2000 (art. 6), 2720 de 2001 y 0673 de 2002 (arts. 6 y 7), 3569 de 2003, 4172 de 2004 (art. 6), 936 de 2005 (art. 6), 389 de 2006, 618 de 2007 (art. 6), 658 de 2008 (art. 6), 723 de 2009 (art. 8), 1388 de 2010 (art. 8), 1039 de 2011 (art. 8), 874 de 2012 (art. 8) y 1024 de 2013 (art. 8), y los que en adelante se expidan por el Gobierno Nacional, y demás normas que contengan disposiciones similares, todos ellos relacionados con el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, que establecen que la prima especial de servicios no tiene carácter salarial. Por ser violatorios del principio constitucional de la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 4, 53, 58 y 116 *Ibidem*.

Que se aplique la excepción de inconstitucionalidad frente a los Decretos 610 de 1998, 944 de 2005, 401 de 2006, 630 de 2007, 670 de 2008, 735 de 2009, 1400 de 2010, 1051 de 2011, 877 de 2012 y 1102 de 2012, y los que en adelante se expidan por el Gobierno Nacional, y demás normas que contengan disposiciones similares, que establecen que la Bonificación por Compensación sólo constituye factor salarial para efectos del ingreso base de cotización del sistema general de pensiones y del sistema general de seguridad social en salud, por ser violatorios del artículo 4, 53, 58, 116 y 280 de la Constitución Política, en armonía con el Bloque de Constitucionalidad relativo a la consagración de derechos fundamentales de carácter laboral

Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho (fls. 2-4).

## **2.- Fundamentos Fácticos**

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Que el demandante labora en la Rama Judicial, como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, sala penal desde el 18 de mayo de 1992 a la fecha.

Aduce que el Decreto 717 de 1978, en su artículo 12, anterior a la expedición de la Ley 4 de 1992, estableció que todas las sumas que habitual y periódicamente reciban como contraprestación al servicio los funcionarios y empleados judiciales, constituyen factor salarial.

Que la Ley 4 de 1992 en el artículo 14, ordena al Gobierno establecer 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 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.

Que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial liquidó las prestaciones sociales al accionante y a la que tiene derecho por los servicios prestados desde la fecha de su posesión en el cargo de Magistrado de Tribunal hasta la fecha, sin incluir como factor salarial el 30% correspondiente a la Prima Especial. Con ello desconoció que dicho porcentaje constituye salario conforme a lo dispuesto en el Bloque de Constitucionalidad Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26, la Ley 4 de 1992 artículo 2º literal a), y el Decreto 717 de 1978, artículo 12, y la Ley 270 de 1996, artículo 152 numeral 7), entre otros.

Que la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 664 de 1999, se reemplazó con la Bonificación de Gestión Judicial creada por el Decreto 4040 de 3 de diciembre de 2004.

Aduce que, la Bonificación por Compensación se empezó a pagar a partir del 27 de enero de 2012, aunque el derecho, como ya se mencionó, se causó a partir del año 1999 en un porcentaje equivalente al sesenta por ciento (60%) de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte, a partir del año 2000 en un porcentaje equivalente al setenta por ciento (70%) de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte y el ochenta por ciento (80%) a partir del año 2001 y hasta la fecha, de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte.

Que Tanto la Prima Especial de Servicios (Ley 4 de 1992, art. 14 y 15) como la Bonificación por Compensación (Decreto 610 de 1998), son sumas que habitual y periódicamente (mensualmente) recibe el accionante como contraprestación al servicio prestado, y constituyen factor salarial.

Que presentó petición el día 26 de junio de 2013, solicitando el reconocimiento y pago como factor salarial tener en cuenta la prima especial.

Que la entidad demandada mediante el oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, negó al accionante la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por la mora en el pago de todas de todas sus prestaciones sociales – primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, y las demás a las que haya lugar –, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como salario.

Que en contra de la decisión anterior interpuso recurso de apelación, el día 2 de agosto de 2013.

Indicó que mediante Resolución 2232 de 4 de febrero de 2014, Dirección Ejecutiva Nacional de Administración Judicial resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión contenida en el oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013 (fls.4-8).

### **3.- Normas Violadas y Concepto de Violación.**

La apoderado de la demandante indica, como normas transgredidas los artículos 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 55, 58, 150, ord. 19, lit. e), 228, 277, numeral 1 y 7 y 280 de la Constitución Política de Colombia.

Acto Legislativo núm. 03 de 2002; Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, Convención Americana sobre Derechos Humanos, capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26.

Leyes 22 de 1967, 4 de 1992, artículos 1, 2, 10, 14, 15 y 16; Ley 244 de 1995, parágrafo del artículo 2; 270 de 1996, art. 152 numeral 7; Ley 1071 de 2006, parágrafo del artículo 5, y 1437 de 2011, artículo 10.

Decretos 610 de 1998 y 717 de 1978 (art. 12)

#### **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El concepto de violación puede sintetizarse así:

Señala que los actos administrativos demandados (Oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013 y Resolución No. 2232 del 4 de febrero de 2014), no accedieron a la petición del demandante el doctor EDGAR KURMEN GÓMEZ, como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, desde el 18 de mayo de 1992 hasta la fecha, vulnerándole su situación jurídica- laboral, así mismo viola los principios de progresividad y favorabilidad, al no tener en cuenta que todo lo que percibe con periodicidad por su trabajo constituye salario.

- **EN LO RELATIVO A LA PRIMA ESPECIAL**

Aduce que, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ha venido liquidando las prestaciones sociales del doctor EDGAR KURMEN GÓMEZ, excluyendo la Prima Especial como factor salarial, razón por la que se le está vulnerando su derecho a recibir en forma íntegra, completa y oportuna sus acreencias laborales y prestacionales, adeudándose lo correspondiente a ese 30%, es decir la Prima Especial.

Agrega que al omitir el valor mensual de dichos factores, no solamente el valor total del auxilio de cesantía no se corresponde con la realidad de la remuneración mensual percibida, sino que desconoce la "RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL" sobre el carácter de la misma, asentada por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, según decisiones en firme, adoptadas, entre otras en los, radicados 11001-03-25-000-2007-00098- 00(1831-07), de fecha dos de abril de 2009 y radicado 25000232500020050515901(0230-08), de fecha 4 de agosto de 2010.

Señala que el Consejo de Estado mediante sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente 11001-03-25-000-1999-0031-00(197-99), definió que la prima especial de servicios tiene carácter salarial, y en consecuencia declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 38 de 8 de enero de 1999, respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, a la misma conclusión se debe llegar con relación a la Rama Judicial, pues no hacerlo estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, que trata del derecho a la igualdad.

- **EN LO RELATIVO A LA BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN**

Indicó que mediante los Decretos 610 y 1239 de 1998, el Ejecutivo, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, creó la denominada "Bonificación por Compensación" para Magistrados de los Tribunales, Fiscales Delegados ante Tribunales, entre otros, con vigencia a partir del 1 de enero de 1999, con carácter permanente, beneficio que consiste en que los ingresos mensuales serían iguales al sesenta por ciento (60%) para 1999, setenta por ciento (70%) para el año 2000 y el ochenta por ciento (80%) a partir del año 2001, de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura.

Aduce que en sentencia del 14 de diciembre de 2011, el Consejo de Estado, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01, por medio de la cual se declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, el Consejo de Estado definió el carácter salarial de la Bonificación por Compensación, e indicó que la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998 es salario.

Señala que en armonía con la hermenéutica jurídica, el principio de contradicción de la lógica determina que “una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, y, sobre el mismo aspecto”. En efecto, las disposiciones antes referidas son contradictorias, pues, por un lado le otorgan a la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998 y demás decretos, el carácter salarial para los aportes al Sistema de Seguridad Social, y por otro, le desconoce dicha condición para el pago de las prestaciones.

Argumenta que tanto la Prima Especial de Servicios, como la Bonificación por Compensación, son sumas que habitual y periódicamente (mensualmente) recibe el accionante como contraprestación al servicio prestado. Es decir que se dan los presupuestos contemplados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, para que la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998, tenga el carácter de salario, como lo expresó el Consejo de Estado, en la sentencia de 14 de diciembre de 2011, antes aludida.

Agrega que es importante aclarar que la Bonificación por Compensación comenzó a ser pagada a partir del 27 de enero de 2012, en virtud de la expedición del Decreto 1102 de mayo de 2012, mediante el cual el Gobierno Nacional cumplió, aunque no en su integridad, con lo ordenado por el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de diciembre de 2011, expediente 11001 03 25 000 2005 00244 01. En efecto, se hace necesario que a aquellos a quienes está dirigido el Decreto 610 de 1998, se les reconozca los efectos de esta norma, y según el caso, desde el momento en que surgió el derecho es decir que para aquellos que se encontraban ejerciendo el cargo de Magistrados desde la vigencia del decreto en comento, correspondiente en un porcentaje equivalente al sesenta por ciento (60%) de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte al año 1999, el equivalente al setenta por ciento (70%) de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte para el año 2000 y el ochenta (80%) a partir del año 2001 hasta la fecha, de lo que percibe por todo concepto un Magistrado de Alta Corte. Según el caso esto debe ser aplicado al demandante en la presente acción, teniendo en cuenta la vigencia de esta norma.

Indicó que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ha venido liquidando las prestaciones sociales del demandante, excluyendo la Prima Especial y la Bonificación por Compensación, como factor salarial, razón por la que se les está vulnerando su derecho a recibir en forma íntegra, completa y oportuna sus acreencias laborales y prestacionales, adeudándose lo correspondiente a la Prima Especial y la Bonificación por compensación.

Finalmente solicitar reliquidar y pagar las prestaciones sociales de forma retroactiva, indexada, con los respectivos intereses moratorios y sanciones contempladas en la legislación, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la mencionada Prima Especial y la Bonificación por Compensación como factores salariales, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha y que mediante la presente acción se pretende (fs. 8 a 17).

### III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de **doce (12) de mayo de 2016** (fls. 134 y 135).

Por auto del **trece (13) de octubre de 2016** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día diecisiete (17) de noviembre 2016 (fl.183).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas, y se fijó fecha para la Audiencia de Pruebas (fl. 186 a 194).

Se llevó a cabo Audiencia de Pruebas el día quince (15) de diciembre de 2016, durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls. 226 y 227).

#### 3.1.- RAZONES DE LA DEFENSA.

**3.1.1. Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**, el apoderado de la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, precisando que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Agrega que conforme el artículo 150 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la Republica Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y regular el régimen de prestaciones sociales de los trabajadores oficiales. Por lo tanto la facultad de fijar para fijar la remuneración para los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional

Adujó que, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, ha aplicado la Ley 4 de 1992 y decretos mediante los cuales se regulo la prima especial atendiendo lo establecido en los diferentes Decretos por el Gobierno Nacional expedidos desde 1993

Señaló que, según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, dicha prima no tiene carácter de factor salarial, situación reiterada en los diferentes decretos salariales anuales, expedidos desde el año 1993, aplicable a los servidores de la Rama Judicial, lo que significa que dicho porcentaje no constituye salario para la liquidación y pago de las primas de servicio, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados.

Indicó que en relación a la Bonificación por compensación, en sentencia del 14 de diciembre de 2011, el Consejo de Estado decreto la nulidad el Decreto 4040 del 3

de diciembre de 2004, por el cual se creó la bonificación de gestión judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios. Agrego que el Gobierno Nacional en cumplimiento de dicho fallo expidió el Decreto 1102 del 2012, modificándola bonificación por compensación para los magistrados de Tribunales y demás cargos homólogos, y dispuso que a partir del 27 de enero de 2012 los servidores que devengaban la bonificación por compensación con carácter permanente tendrán derecho a percibirla en el equivalente al valor sumado a la asignación básica y demás ingresos igual al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes.

Refirió que los Decretos 610 de 1998, 4040 de 2004 y 1102 de 2012, consagraron que la bonificación sólo constituye factor salarial para efectos de la pensión, por lo tanto la Administración Judicial no puede desconocer dichas normas, de donde no se concluye que constituye salario para liquidar y pagar las prestaciones sociales.

Aduce, que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, no tiene competencia para extender los efectos de las normas salariales a servidores en situaciones diferentes a las contempladas por dichas normas, lo cual implicaría arrogarse una función exclusiva del Presidente de la República, según lo dispuesto por el Literal e) del Numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó: 1. INEXISTENCIA DEL DEMANDADO, 2. INEPTA DEMANDA, 3. COBRO DE LO NO DEBIDO, y 4. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS (fls. 141-152)

### **3.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

**3.2.1. La parte demandante,** presentó alegatos de conclusión dentro del término legal<sup>2</sup>, reiterando los argumentos de la demanda, agrego en relación a la prima especial cito sentencia del Consejo de Estado del 30 de abril de 2014 (expediente (1686-07)), en la que el Alto Tribunal Contencioso expreso que el Gobierno Nacional interpretó erróneamente y aplico indebidamente la ley 4 de 1992.

**3.2.2. En tanto, la parte demandada,** como el **Ministerio Público,** guardaron silencio<sup>3</sup>.

## **IV. CONSIDERACIONES**

Agotado el trámite del proceso, hallándose reunidos los presupuestos procesales y al no advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de la Litis.

---

<sup>2</sup> Fls. 229 a 235

<sup>3</sup> Fl. 236

#### 4.1.- Problemas Jurídicos.

Tal como se indicó al momento de fijación del litigio en desarrollo de la audiencia inicial (fls 189 -191), la controversia se contrae a determinar si es procedente o no:

a) Declarar la nulidad del oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, suscrita por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Tunja - Boyacá y la Resolución No. 2232 de 4 de febrero de 2014, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, por los cuales no se accedió a la petición de reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas las prestaciones sociales—primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, y las demás a las que haya lugar, teniendo en cuenta el 100% del salario mensual del accionante, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación?

b) Ordenar a la demandada a tener como factor salarial, la Prima Especial de Servicios (durante el tiempo en que esta se haya cancelado y se sigan pagando en virtud de los artículos declarados nulos en virtud de la sentencia del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2014, expediente 11001-03-25-000-2007-00087-00 (1686-07) y mientras éstos gozaron de presunción de legalidad) y la Bonificación por Compensación, y se proceda a reliquidar y pagar retroactivamente, todas sus prestaciones sociales, al actor doctor **EDGAR KURMEN GÓMEZ**, como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, desde el 18 de mayo de 1992 hasta la fecha, y hasta el momento en que se profiera la sentencia y se haga efectivo el pago del fallo?

c) Ordenar a la accionada, el pago de las sanciones por la mora en el pago de las cesantías contempladas en la parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, y el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías desde 1992 a 2014, y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago?.

d) Condenar a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar los intereses en la forma y términos expresados en el numeral 4 del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, así como la indexación desde la fecha en que se hicieron exigibles, hasta que se cause la ejecutoria de la sentencia que le dé termino definitivo al proceso?

e) Ordenar, en lo relativo a la Prima Especial la inaplicación, por ser violatorios del principio constitucional de la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 4, 53, 58 y 116 Ibídem, relacionados estos con la igualdad de oportunidades y remuneración para los trabajadores y la estructura de la Rama Judicial, que tienen idéntica situación con los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, las expresiones contenidas en los decretos que más adelante se relacionan los cuales establecen que la Prima Especial de Servicios no tiene carácter salarial y en consecuencia se aplique la

excepción de inconstitucionalidad de dichas expresiones las cuales se encuentran en las siguientes normas, finalmente, se aplique la excepción de inconstitucionalidad de dichas expresiones las cuales se encuentran en las siguientes normas: los decretos 57 de 1993 (art. 6), 106 de 1994 (art. 6), 43 de 1995 (art. 7), 36 de 1996 (art. 6), 076 de 1997 (art. 6), 64 de 1998 (art. 6), 44 de 1999 (art. 6), 2740 de 2000 (art. 6), 2720 de 2001 y 0673 de 2002 (arts. 6 y 7), 3569 de 2003, 4172 de 2004 (art. 6), 936 de 2005 (art. 6), 389 de 2006, 618 de 2007 (art. 6), 658 de 2008 (art. 6), 723 de 2009 (art. 8), 1388 de 2010 (art.8), 1039 de 2011 (art. 8), 874 de 2012 (art. 8) y 1024 de 2013 (art. 8), y los que en adelante se expidan por el Gobierno Nacional, y demás normas que contengan disposiciones similares, todos ellos relacionados con el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial?

f) En lo atinente a estarse a lo resuelto por el Consejo de Estado en la sentencia del 29 de abril de 2014, expediente 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). Por medio del cual se declaró la nulidad de los artículos contenidos en los decretos que establecían la Prima Especial, razón por la cual, mientras se pagó y se continúe realizando dicho pago, sea tenida en cuenta como factor salarial, y durante el tiempo que permanezca dicho articulado dentro de nuestro ordenamiento jurídico a la espera de que se cumpla con el mencionado fallo.

g) En lo relativo a la Prima Especial se aplique lo ordenado en el artículo 10 C. C. A., relativas al precedente jurisprudencial?

## **4.2. Tesis de las partes**

### **4.2.1.- Tesis parte demandante**

Considera que se debe declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y que como consecuencia de la anterior declaración se ordene y pague la diferencia correspondiente al tener como factor salarial la prima especial y la bonificación por compensación a partir del 18 de mayo de 1992 hasta el momento que se profiera sentencia y se haga efectivo el pago del fallo

### **4.2.2.- Tesis parte demandada**

Se opone a las pretensiones de la demanda e indica, que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, no tiene competencia para extender los efectos de las normas salariales a servidores en situaciones diferentes a las contempladas por dichas normas, lo cual implicaría arrogarse una función exclusiva del Presidente de la República, según lo dispuesto por el Literal e) del Numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución.

## **4.3.- Excepciones**

La entidad demandada propuso las excepciones de: inexistencia del demandado, inepta demanda, cobro de lo no debido, y prescripción de derechos (fls. 141-152)

El Despacho en audiencia inicial resolvió a las denominadas excepciones **inexistencia del demandado e inepta** (fls. 126 a 128).

Respecto a la excepción llamada cobro de lo no debido, en concepto del Despacho los argumentos que la sustentan realmente tocan el fondo del asunto, por lo que en estricto sentido no son excepciones sino razones de defensa u oposición y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

Frente a la denominada excepción de **prescripción**, como se indicó en la audiencia inicial celebrada el 17 de noviembre de 2016<sup>4</sup> propuesta por la entidad demandada, se analizará en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, por lo cual el Despacho la resolverá con el fondo del asunto en razón a su naturaleza accesoria

#### 4.4.- Argumentación Normativa y Jurisprudencial.

La Constitución Política en su art. 150 numeral 19 literal e, señala las funciones del Congreso en relación al régimen salarial y prestacional del sector público.

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

(...)

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

a) *Organizar el crédito público;*

b) *Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*

c) *Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;*

d) *Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;*

e) *Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002*

f) *Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002*

*Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas.*

(...)"

Resulta del resorte jurídico para el caso que nos ocupa la Ley 4ª de 1992, mediante la cual el Congreso de la República, fijó los criterios a los que debe ceñirse el Gobierno Nacional al determinar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, que en sus artículos 1 y 2 establece:

<sup>4</sup> Fl. 188 anverso

**“Artículo 1º.-** El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a. Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República; Texto Subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia 312 de 1997
- c. Los miembros del Congreso Nacional, y
- d. Los miembros de la Fuerza Pública.

**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 podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
- b. El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;
- c. La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;
- d. La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;
- e. La utilización eficiente del recurso humano;
- f. La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;
- g. La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;
- h. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;
- i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;
- j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;
- k. El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;
- l. La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;
- ll. El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa.

Artículo declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-608 de 1999

#### **4.4.1- De la Prima Especial**

Decreto 57 de 1993, a través del cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, en sus artículos 2, 6 y 12 señaló:

**“ARTICULO 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.

(...)

**ARTICULO 6o.** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar.

(...)

**ARTICULO 12.** Los servidores públicos vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar que tomen la opción establecida en este Decreto o se vinculen por primera vez, no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, de capacitación y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se regirán por las disposiciones legales vigentes.

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

A los servidores públicos que tomen esta opción se les liquidarán las cesantías causadas con base en la nueva remuneración, si tuvieran derecho a ellas y en adelante su liquidación y pago se hará en los mismos términos establecidos en el Decreto extraordinario 3118 de 1968 y en la Ley 33 de 1985.”

Y en los artículos 14 y 15 de la misma norma antes citada en relación a la prima especial en los artículos 14 y 15 se estableció:

**Artículo 14º.-** Modificado por la Ley 332 de 1996. 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.

**Artículo 15º.-** Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros de despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

**El texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-681 de 2003, decisión que produce efectos en las cotizaciones y liquidación de las pensiones de jubilación de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Procurador General de la Nación, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Defensor del Pueblo. De igual forma la prima especial de servicios constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados.**

La ley 332 de 1996, por la cual se modifica la ley 4 de 1992, en el artículo 4 establece:

**“Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1. Ley 476 de 1998** La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 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 establecida 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.

Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998.”

Posteriormente la Ley 476 de 1998, aclaro el artículo 1 de la ley antes citada, así:

**“Artículo 1º.** Aclárase el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.”

Por su parte la Corte Constitucional<sup>5</sup>, en relación a la prima especial señaló:

#### **“4. Naturaleza jurídica del Decreto 4040 de 2004**

4.1. De acuerdo con lo precisado en el acápite anterior, para la Corte es claro que la presunta violación de los derechos de los actores a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas, se origina inicialmente en la aplicación del Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, por el cual se creó la “Bonificación de Gestión Judicial”. Ello en razón a que los Magistrados de Tribunal que se encuentran cobijados por dicho decreto, bien porque firmaron la transacción ya porque ingresaron con posterioridad a la entrada en vigencia del mismo, perciben una asignación mensual inferior en un 10% a la recibida por los Magistrados a quienes se les aplica el Decreto 610 de 1998.”

El Consejo de Estado<sup>6</sup>, en sentencia proferida dentro de la acción de simple nulidad, en relación a la prima especial señaló:

“Sin embargo, la Sala observa que mediante sentencia del 2 de abril de 2009<sup>7</sup>, la Sección Segunda de esta Corporación **rectificó la jurisprudencia** contenida en la citada sentencia del 9 de marzo de 2006. En efecto, cambió radicalmente su posición en cuanto consideró que las primas significan “invariablemente, un **agregado** en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras con carácter

<sup>5</sup> Sentencia SU-037/09. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SALA DE CONJUECES. Consejera ponente: MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ. Veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, sentencia del 2 de abril de 2009, expediente No. 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831/07), Actor: Luis Esmeldy Patiño López.

salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un **incremento** en los ingresos derivados de la relación laboral" (destaco). Y concluyó que resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por más exentas que estén de su carácter salarial, representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos.

(...)

De acuerdo con los criterios establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, los decretos demandados **interpretaron erróneamente y aplicaron indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que son contrarios a la Constitución y la Ley, así como para declarar su nulidad.**

Ahora bien, los **efectos de la declaratoria de nulidad** de los Decretos demandados, serán los mismos señalados en la Sentencia del 2 de abril de 2009 tantas veces mencionada, a saber:

*"(...) es decir, no puede el intérprete de ninguna manera suponer que al desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de **descargar el castigo** de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores".*"

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Sala Plena de Conjuces-en sentencia de unificación de fecha 2 de septiembre de 2019, reitera lo resuelto por esa Corporación en sentencia de fecha 29 de abril de 2014, sobre el error en la interpretación por parte de las entidades encargadas de dar aplicación a los decretos que fijaran los salarios, respecto de la prima especial creada en el art.14 de la ley 4 de 1992 para ajustarse a los principios constitucionales de progresividad, favorabilidad y no regresividad:

*"...toda vez que entendieron que dicho porcentaje hacia parte del salario, es decir, que el 100% de este se discriminaría así: 30% correspondía a prima y el 70% restante al salario; y no de la manera correcta que obedece a reconocer como prima especial el 30% del 100% del salario, en otras palabras, como adicional al salario básico o asignación básica... esta sala concluye que en cumplimiento del mandato legal contenido en el art.14 de la Ley 4 de 1992, se debe adicionar la prima especial allí ordenada y no sustraerla del salario básico y/o asignación básica para darle esa denominación. En consecuencia, asignación básica debe pagarse en un 100% y, con base en ese porcentaje, liquidar las prestaciones sociales, pues éstas se vieron afectadas al haber reducido el salario en un 30%."*<sup>8</sup>

#### 4.4.2.- De la Bonificación por Compensación

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SALA DE CONJUECES. Consejera ponente: CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS. Dos (02) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019.

Mediante la Ley 4 de 1992, se estableció las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, como se indicó antes.

Ahora bien, el Gobierno Nacional mediante los Decretos 610 y 1239 de 1998, estableció una Bonificación por compensación para Magistrados de los Tribunales, como una prestación progresiva y como un reconocimiento especial a su labor, reconocimiento que consiste en un ajuste a los ingresos mensuales serían iguales al sesenta por ciento (60%) para 1999, setenta por ciento (70%) para el año 2000 y el ochenta por ciento (80%) a partir del año 2001, de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura).

Posteriormente mediante Decreto 4040 de 2004, se creó la Bonificación por Gestión Judicial, equivalente al 70% de lo devengado por todo concepto por los magistrados de las altas cortes, resultando incompatibles estas dos prestaciones, siendo declarado nulo este último decreto mediante Sentencia del Consejo de Estado – Sala de Conjuces del 14 de diciembre de 2011. Recobrando vigencia el Decreto 610 de 1998.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en sentencia de Unificación Jurisprudencial por trascendencia económica<sup>9</sup>, en relación a la prescripción trienal señaló:

*“Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>10</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>11</sup> que disponen: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”.*

*Contempla el mismo artículo que 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.*

*Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad.*

**El asunto que se debate en torno a la aplicación de la prescripción trienal, es que ante la coexistencia de dos regímenes salariales diferentes, no es posible hablar de exigibilidad del derecho a reclamar, debido a que para los beneficiarios de los derechos existía la disyuntiva del Decreto 610 de 1998, que reconoce la Bonificación por Compensación Judicial y el régimen salarial del**

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA- SALA DE CONJUECES. Consejero ponente: JORGE IVAN ACUÑA ARRIETA – CONJUEZ

<sup>10</sup>Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “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 solo por un lapso igual”.

<sup>11</sup>Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

**Decreto 4040 de 2004, que reconocía la Bonificación por Gestión Judicial. Es decir, no se podía establecer con exactitud cuál de los regímenes era el aplicable, ante lo cual resultaba imposible referirse a la exigibilidad del derecho.**

**En este sentido solo puede hablarse de exigibilidad de la Bonificación por Compensación, a partir de la fecha de ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del Decreto 4040<sup>12</sup>, es decir el 28 de enero de 2012.**

En aras de precisar y reiterar lo antes mencionado, nos remitimos a la providencia de fecha 10 de octubre de 2013, emitida por esta misma sección del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Expediente No. 2008-00224) C.P. Dr. Gabriel De Vega Pinzón, en la que se censura a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para que reconozca y pague al Magistrado Luis Avelino Cortes Forero, las diferencias de lo cancelado por prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de servicios y el 80% de lo que hubieren recibido por tales conceptos Magistrados de Altas Cortes **y en la que se desestima la prescripción trienal ante la falta de exigibilidad del derecho frente a la concurrencia de dos prescripciones legales de alguna forma diferentes entre sí, esto es el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 4040 de 2004.**

(...)

**Ahora bien; Sobre el tema de la prescripción, la Sala de Conjuces ha resuelto en casos análogos, que el término de prescripción se cuenta desde que el derecho se hace exigible, que para el caso específico se reputa sólo hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, es decir, a partir del 28 de enero de 2012.”**

(....) (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Y en esta misma sentencia el Alto Tribunal Administrativo, en relación a las cesantías indicó:

*“De allí que esta corporación haya concluido que el auxilio de cesantías debe ser tenido en cuenta para realizar la liquidación de la prima especial de servicios de los funcionarios mencionados en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, quienes tienen derecho a percibir una suma equivalente a lo que por todo concepto devengan los congresistas.*

*Este régimen tiene una clara incidencia en la determinación de la bonificación por compensación de los servidores públicos que se encuentran sujetos al Decreto 610 de 1998 pues el mismo, de manera semejante al artículo 1º del Decreto 10 de 1993, previó la nivelación salarial al 60%, 70% y 80% “... de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado” (subraya fuera del texto), para los años 1998, 1999, 2000 y siguientes, respectivamente.*

*En este sentido, y teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral sino que también cuenta con un carácter salarial limitado en atención a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003, habría que señalarse que no existen razones para que se haga abstracción de la misma, o de cualquiera de los factores que se tienen en cuenta para su liquidación, al momento de fijar el monto a cancelar por concepto de bonificación por compensación a favor de los servidores mencionados en el artículo 2º del Decreto 610 de 1998.*

**Habiendo señalado que el auxilio de cesantías es un ingreso laboral percibido de manera permanente por los jueces de mayor jerarquía de todas las jurisdicciones, es evidente que resultaría violatorio del principio de igualdad que surge del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia el señalar que esta prestación social carece de tal naturaleza únicamente con el propósito de**

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc 2ª, Sala de Conjuces, Rad. N° 11001-03-25-000-2005-00244-01 (10067-2005), Sentencia de 14 de diciembre de 2011 M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

**disminuir la base de liquidación de la bonificación por compensación de la que son acreedores los funcionarios mencionados en el artículo 2º del Decreto 610 de 1998.”**

Por su parte la Corte Constitucional<sup>13</sup>, en relación a la Bonificación Por Compensación señaló:

*“3.6. El Presidente de la República, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 610 del 30 de marzo de 1998, “por el cual se establece una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”. En su artículo 1º, creó entonces “una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura”.*

*La mencionada bonificación fue creada a favor de: (i) los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; (ii) de los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; (iii) de los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (iv) de los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; (v) de los Fiscales del Tribunal Superior Militar, (vi) de los Fiscales ante el Tribunal de Distrito y de los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.*

*Igualmente, se indicó en ese ordenamiento que la “Bonificación por Compensación” solo constituiría “factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes”. Se estableció que su pago sería mensual, se le otorgaron efectos fiscales desde el 1º de enero de 1999 y, en la parte considerativa del Decreto 610 de 1998, se precisó que “para la vigencia fiscal siguiente” el ajuste igualaría “al setenta por ciento (70%)” de lo que devengaran “por todo concepto” los magistrados de las Altas Cortes y que “a partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal” ese porcentaje se elevaría al 80%.*

*(...)*

*Respecto del mencionado Decreto 664 de 1999, en otra Sentencia, del 11 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado puntualizó que el mismo no había creado una bonificación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, pues se trataba “del mismo derecho con diferente cuantía” y agregó que el Decreto 664 de 1999 “perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el Decreto 2668 de 1998, como consecuencia de que el Decreto 664 se expidió sobre la base de que la bonificación por compensación a que se refieren los Decretos 610 y 1239 no existía”<sup>14</sup>.*

**Aclaró el Consejo que “como los efectos de la nulidad administrativa son *ex tunc*, vale decir, desde entonces, dejan la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición del acto declarado nulo”, así que, a consecuencia del fallo de 25 de septiembre de 2001, “recobraron vigencia los Decretos 610 y 1239 de 1998 que establecieron un derecho económico para determinados servidores de la Rama Judicial” y “al recobrar vigencia los Decretos 610 y 1239 obviamente su ejecución no puede traducirse en nada diferente a que deban pagarse los derechos allí establecidos”<sup>15</sup>.**

*(...)*

<sup>13</sup> Sentencia SU-037/09. Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL

<sup>14</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 11 de diciembre de 2003. Conjuez Ponente: Evelio Suárez Suárez. Radicación 25000-23-25-000-1999-3971-01 (2024-01).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

Al grupo de quienes se les aplica la “Bonificación de Gestión Judicial”, se suman también aquellos servidores que con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4040 de 2004 se vincularon a cargos cobijados por la aludida prestación. Ellos, por supuesto, no presentaron demandas ni transigieron y tampoco expresaron su voluntad de acogerse al régimen previsto en el Decreto 4040 de 2004 antes del 31 de diciembre de ese año, pues para ese momento no estaban vinculados a la rama judicial o no ocupaban los cargos a que alude la mencionada “Bonificación de Gestión Judicial”. A este grupo se le paga, entonces, el porcentaje del 70% de lo que, por todo concepto, reciben los Magistrados de las Altas Cortes, pues el artículo 1º del mencionado Decreto 4040 dispone expresamente que la “Bonificación de Gestión Judicial” se aplica a los funcionarios que a partir de su entrada en vigencia se vinculen al servicio, en cualquiera de los empleos allí mismo señalados.

**3.16. El recuento precedente da cuenta del origen de la que los demandantes denominan “bonificación permanente mensual” y de la diferencia en la remuneración generada con ocasión de su reconocimiento y pago. En los términos de lo explicado, la “bonificación permanente mensual” es en realidad, para un grupo de funcionarios, la denominada “Bonificación por Compensación” de que tratan los Decretos 610 y 1239 de 1998, e implica que ellos reciben actualmente como asignación mensual el equivalente al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes. Para los otros servidores, la llamada “bonificación permanente mensual” es la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, lo que implica que este grupo recibe hoy el 70% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes; es decir, el equivalente a un 10% menos de lo que devengan los beneficiarios de la “Bonificación por Compensación”.**

3.17. De esta forma, como consecuencia de las situaciones que han sido descritas, en la actualidad, coexisten en el ordenamiento jurídico dos regímenes salariales diferentes aplicables a los Magistrados de Tribunal y a los demás servidores de la Rama Judicial, de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio de Defensa que aparecen mencionados en los supuestos de hecho de los Decretos 610 y 1239 de 1998 y en el Decreto 4040 de 2004.

3.18. Tratándose de los actores, de conformidad con lo que exponen en la demanda y lo expresado por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, su situación al momento de instaurar la acción de tutela era la siguiente: (i) la Doctora Liliana Orozco Daza, se desempeñaba como Magistrada en propiedad del Tribunal Administrativo del Cesar desde el 12 de marzo del año 2001 y a la misma se le pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” de que trata el Decreto 4040 de 2004, por haber firmado transacción el 14 de diciembre de 2004; (ii) respecto de los doctor Oscar Wilches Donado y Juan Huerto Rodríguez Merchán, los dos ocupaban cargos de Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, el primero en propiedad desde el 16 de marzo del año 2006, y el segundo en provisionalidad desde el 17 de octubre del año 2006, razón por la cual, a ambos se les pagaba la “Bonificación de Gestión Judicial” por encontrarse “cobijados por el régimen previsto en el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, con el cual fueron posesionados”. En relación con el Magistrado Juan Huerto Rodríguez Merchán, aclaró la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en su escrito de respuesta, que el mismo desempeñaba el cargo en provisionalidad, en cuanto estaba reemplazando a la Magistrada Olga Valle de la Hoz, quien disfrutaba de su año sabático.

En este sentido, por cuanto las entidades accionadas les vienen pagando la “Bonificación de Gestión Judicial” establecida en el Decreto 4040 de 2004, y no la “Bonificación por Compensación” de que trata el Decreto 610 de 1998, los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar, demandantes en esta causa, reclaman por vía de tutela el pago de la “Bonificación por Compensación”, la cual corresponde actualmente al 80% de lo que por todo concepto devengan los magistrados de las altas cortes, y que sí reciben sus restantes compañeros de tribunal.”(Subrayado y resaltado fuera de texto).

Ahora bien, el Decreto 4040 de 2004 fue declarado nulo, vuelve al vida jurídica el Decreto 610 de 1998, teniendo en cuenta los efectos *ex tunc*, es decir se encuentra

vigente la bonificación por compensación, según la sentencia del Consejo de estado del 14 de diciembre de 2011, por lo tanto los destinatarios del decreto 610 de 1998, tienen derecho a la bonificación allí establecidas (con efectos fiscales desde 30 de marzo de 1998), es decir que los que ingresen con posterioridad al servicio de la Rama Judicial quedan amparados por la regla pro operario consagrada en el artículo 53 de la Constitución política.

En reciente sentencia de unificación el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sala de Conjuces, aclara la en que forma opera la prescripción respecto de la bonificación por compensación.

*“Esta Sala de igual manera ha reconocido al resolver casos análogos que si bien a través de estas providencias se determinó que con la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 el día 27 de enero de 2012 se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la diferencia en el porcentaje que contempla el Decreto 610 de 1998 y el 4040 de 2004, y que por tal razón no se aplicaría la prescripción trienal, lo cierto es que entre el período comprendido entre la ejecutoria de la sentencia que anuló el Decreto 2668 de 1998 y la fecha de expedición del Decreto 4040 de 2004 procede decretada. Durante este lapso no hubo dualidad de normas y por lo tanto los beneficiarios de que trata el artículo 2º del Decreto 610 de 1998 tenían la oportunidad de interrumpirla.*

*En consecuencia, procede la prescripción de la bonificación por compensación entre el 5 de septiembre de 2001 y el 2 de diciembre de 2004. Lo anterior es la regla general. Esa regla tiene una excepción, que consiste en que si la persona logra demostrar en el expediente, con pruebas documental, que antes del 3 de diciembre de 2004 había interrumpido la prescripción conforme a la ley. En ese caso la prescripción va más allá del 4 de diciembre de 2004 y se retrotraería hasta la fecha de presentación de esa interrupción, fecha entonces que debe ser posterior al 25 de septiembre de 2001 y anterior al 3 de diciembre de 2004. Esta excepción, como toda excepción, es de aplicación restrictiva. “<sup>16</sup>*

#### **4.5.- Caso concreto**

Fueron allegados al proceso los siguientes elementos probatorios:

- Derecho de petición elevada el 26 de junio de 2013 por el doctor EDGAR KURMEN GÓMEZ solicitando la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas sus prestaciones sociales – primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, y las demás a las que haya lugar –, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como salario. (fl. 22-28, 157-163).
- Oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, notificado el 31 de julio de 2013, mediante el cual la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial negó al doctor EDGAR KURMEN GÓMEZ la reliquidación y pago retroactivo, indexado, con los respectivos intereses moratorios y sanciones por el no pago de todas de todas sus

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SALA DE CONJUECES. Consejera ponente: CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS. Dos (02) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019.

prestaciones sociales – primas, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, y las demás a las que haya lugar –, teniendo en cuenta el 100% de su salario mensual, incluyendo la Prima Especial de Servicios y la Bonificación por Compensación como salario (fl. 29-32, 164-167).

- Recurso de apelación en contra del oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013 fl. 33-35, 168-170)
- Resolución 2232 de 4 de febrero de 2014, notificada el 8 de abril de 2014, mediante la cual la Dirección Ejecutiva Nacional de Administración Judicial resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión contenida en el oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013 (fl. 36 a 44, 171 a 180).
- Petición elevada el 24 de junio de 2014, ante el señor Procurador Delegado en lo Judicial ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (Reparto), solicitando que se sirva fijar fecha y hora para llevar a cabo Audiencia de Conciliación Prejudicial entre mis poderdantes, con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 (fl. 48-54).
- Copia de la sentencias del Consejo de Estado, del 29 de abril de 2014, expediente 11001- 03-25-000-2007-00087-00 (1686-07), expediente 2005-00827-02(0477-09) de 27 de junio de 2012. Relativa a la Prima Especial, expediente 41001-23-31-000-2003-00552- 01(1669-09) de 28 de noviembre de 2012. Relativa a la Prima Especial, expediente 11001-03-25-000-2005-00244- 01 del 14 de diciembre de 2011. Relativa a la Bonificación por Compensación. (fl. 55 a 105).
- Certificación de tiempo de servicios, de fecha 21 de noviembre de 2016, fecha de ingreso 01/05/1992 a 31-10-2016.
- Certificación de pagos desde el año 1992 a octubre de 2016 (fls. 202 a 221) Desde el año 1993 a diciembre del año 198-98, prima especial y a partir de enero del año 1998 prima especial y bonificación por compensación.

Se advierte que en el presente asunto, el Dr. EDGAR KURMEN GOMEZ, se desempeñó como magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, durante el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1992 hasta el 31 de octubre de 2016, según certificación vista a folio 201.

Por lo tanto se analizará la solicitud de declaratoria de nulidad de los administrativos contenidos en el oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, suscrito por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Tunja - Boyacá (fls. 29-31) y en la Resolución No. 2232 de 4 de febrero de 2014, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial (fls. 37-45), por medio de los cuales se negó la solicitud de ajuste y reconocimiento de las prestaciones sociales teniendo en **cuenta la prima especial y la bonificación por compensación esta última equivalente al 80% de lo que por todo concepto salarial devengue un magistrado de alta corte, y el pago correspondiente de las diferencias salariales desde el 18 de mayo de 1992 hasta la fecha** de conformidad con las Leyes 4 de 1992 y Decreto 610 de 1998.

Teniendo en cuenta, la normatividad antes referida y la Jurisprudencia el Consejo de Estado, es claro que al demandante se le aplica el Decreto 610 de 1998, y que a partir del primero (1º) de enero de 2001, la remuneración para el demandante en su condición de Magistrado destinatario, es, el equivalente al ochenta por ciento (80%) de la totalidad de lo percibido como salario por todo concepto por un Magistrado de un a Alta Corte.

Por otra parte según certificaciones de tiempo de servicios y de pagos, al demandante le fue cancelado en el año 2005, la diferencia entre la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, vistas a folios 201 a 222, expedidas por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Tunja-Boyacá.

Además de lo anterior se advierte en la certificación de pagos antes referida que al actor le fue reconocido y pagado:

- A partir de enero de 1999 la bonificación por compensación hasta diciembre de 2003,
- A partir de enero de 2004 y hasta febrero de 2008 le pagaron bonificación por gestión judicial,
- Luego a partir de febrero de 2008 le reconocieron bonificación orden judicial decreto 610 de 2007 hasta diciembre del mismo año,
- A partir de enero de 2009 hasta julio de 2010 le cancelaron bonificación por compensación- orden judicial,
- Nuevamente a partir agosto de 2010 hasta enero de 2012, le pagaron Bonificación por gestión judicial
- Posteriormente desde febrero de 2012, le reconocen bonificación por compensación hasta octubre de 2016.
- A su vez se observa que se le ha venido pagando, al actor desde el enero de 1993 hasta octubre de 2016 la prima especial.

Frente a la pretensión segunda, en relación con la reliquidación de salarios y prestaciones sociales pagadas al demandante como Magistrado del Tribunal Superior de Tunja desde el 18 de mayo de 1992 en adelante, teniendo en cuenta el 100% del salario mensual incluyendo como factor salarial la bonificación por compensación y la prima especial.

Se demostró que el demandante ha ejercido en la Rama Judicial el cargo de Magistrado que corresponde a los previstos en los Decretos 610 y 1239 de 1998 como beneficiario de la bonificación por compensación (fls. 202 a 221), bonificación que se le ha venido reconociendo; a su vez que en febrero del año 2005 se le pago un reajuste de la Bonificación por compensación (fl.212).

El Despacho negara la solicitud en relación a la **bonificación por compensación**, toda vez, que dicha prestación sólo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización de los sistemas Generales de Seguridad Social en Pensiones y Salud, dada su naturaleza jurídica según lo establece el Decreto 610 de 1998, así lo ha señalado el Tribunal Administrativo<sup>17</sup> de Boyacá, en la cual el suscrito fungió como Conjuez Ponente.

---

<sup>17</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá sala de Conjueces. Conjuez Ponente Dr. Martin Hernández Sánchez. Sentencia de fecha 31 de enero de 2017. Radicado 15001233300020130027100.

En segundo lugar, en relación con la reliquidación de salarios y prestaciones sociales pagadas al demandante teniendo en cuenta la **prima especial** (el 30% de la prima especial devengada), a partir del 18 de mayo del año 1992.

Se dirá que, conforme con las certificación de pagos los años 1992 a 2016 suscrita por el Director Seccional de Administración Judicial Tunja, se tiene que el actor se encuentra activo como Magistrado Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, devengando durante la última anualidad lo siguiente: (fls. 202-222):

Del 1 de enero al 31 de octubre de 2016:

Sueldo Básico	\$7'452.915,00
Prima Especial	\$2.235.875,00
Bonificación por Servicios	\$2'716.291,00
Bonificación por Compensación	\$13'883.917,00
Prima de Servicios	\$3'839.636,00

Se observa, que la prima especial mensual (\$2'235.875,00) corresponde al 30% del sueldo básico mensual (\$7'452.915), y que en efecto respecto de las vacaciones, observando el Despacho que al tener en cuenta en la liquidación el 30% de la Prima Especial Mensual daría una suma mayor a la pagada.

Advierte el Despacho, que al demandante en materia salarial y prestacional en su calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, se regula por las normas establecidas para la Rama Judicial, sin que sea dable al Juzgador aplicar otros regímenes y menos aquel orientado a los servidores de la Fiscalía General de la Nación cuya normativa expresamente señaló que lo ahí previsto 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, siendo atribución del Legislador regular los diferentes regímenes dentro del ámbito de sus competencias.

Al respecto el Consejo de Estado<sup>18</sup>, frente a la prima especial señaló:

*“Observa la Sala que, las normas que establecen anualmente la Prima del 30% del salario básico mensual, sin carácter salarial, son similares para los servidores enlistados tanto para la Rama Judicial como para la Fiscalía General de la Nación, es decir, que para ambos casos se ordenó la reducción del salario básico mensual con efectos salariales.*

*Sobre el particular, la Sala en sentencia de 8 de abril de 2010, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 050012331000200301247-01 (4502-2005), Actora: María Patricia Freydell Chica,*

---

<sup>18</sup>CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01134-01(0419-07). Demandado: DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE NEIVA.

indicó respecto de la Prima del 30% del salario básico mensual sin carácter salarial para la Fiscalía General de la Nación, que:

*“En este orden de ideas concluye la Sala que, la declaratoria de nulidad de los artículos 7 de los Decretos 50/98; 38/99 y 8 del Decreto 2729/2001 no afectaron los salarios de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, porque en ellos se consideró que no se había previsto un sobresueldo del 30%, sino que este porcentaje hacía parte del salario, es decir, éste último no se redujo. Pero, los fallos que decretaron la nulidad de los artículos 6 del Decreto 53/93; 7 de los Decretos 108/94; 49/95; 108/96; 52/97; 8 Decreto 2743/2000; y 7 del Decreto 685 de 2002, consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo.*

*Así las cosas, el restablecimiento deprecado con fundamento en la declaratoria de nulidad de las referidas normas, sólo se producirá para los años en que se estableció que el porcentaje del 30% hacía parte del salario, es decir, para los años 98, 99 y 2001<sup>19</sup>, en el entendido que constituye salario la remuneración permanente y periódica que percibe el empleado como retribución por sus servicios y que se constituye en la base para efectos de la liquidación prestacional”.*

(...)

De la sentencia transcrita se concluye lo siguiente:

- 1. El Ejecutivo desbordó su poder por cuanto bajo la apariencia de una prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad despojó de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que disminuyó el monto de las prestaciones sociales.*
- 2. La Ley 4ª de 1992 materializó el literal e.) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso y Fuerza Pública. Esta Ley en el artículo 2 previó un concepto cerrado en cuanto prohíbe al Gobierno de manera genérica desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.*
- 3. El control de legalidad sobre los decretos reglamentarios de la Ley 4ª de 1992, no se agota en la confrontación formalista de los textos, sino que el alcance del control conduce al Juez Contencioso a examinar los contenidos de la norma respecto de la formulación de los programas para organizar la remuneración de los servidores públicos.*
- 4. La Constitución Nacional mantiene el criterio de la Carta Política anterior respecto de que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma en las condiciones laborales.”*

Posteriormente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>20</sup>, en relación a la prima especial el Consejo de Estado señaló:

*“Esa tesis jurisprudencial fue objeto de rectificación por parte de la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación, en Sentencia de 2 de abril de 2009<sup>21</sup>, por la cual se anuló el artículo 7º del Decreto 618 de 2 de marzo de 2007 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”, y que establecía igualmente un porcentaje del 30% como prima especial sin carácter salarial a ciertos empleados de la Rama Judicial, en la que se pronunció en el siguiente sentido:*

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A” sentencia del 30 de octubre de 2008 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. No. Interno 1295-07. Actor. José Eleuterio Ruiz Martínez.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARAQUINTERO. Siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03178-02(0837-11).

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-0098-00 (1831-07). Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Actor: Luis Esmeldy Patiño López contra el Gobierno Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Administrativo de la Función Pública.

*"[...] una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política -, todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las "primas" en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.*

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

#### **EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD**

*La anulación del artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, de otra parte no ha de entenderse dentro del marco de un efecto restrictivo a la estipulación prevista para los servidores a que se refieren los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma, es decir, no puede el intérprete de ninguna manera suponer que al desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de descargar el castigo de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores".*

*(...)*

*Estima la Sala que el a quo, con acierto y bajo la consideración de que las normas que disponían la restricción como factor salarial de la prima especial del 30% a los servidores de la Fiscalía General de la Nación se declararon nulas, decidió reconocer el cambio de naturaleza de este concepto salarial, y por tanto, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

*Con fundamento en lo anterior ordenó a título de restablecimiento del derecho la inclusión en la base de liquidación de todos los conceptos salariales y prestacionales que percibió la actora en los años 1998, 1999 y 2001 del 30% de prima especial de servicios, por cuanto advirtió, respecto de los años restantes, que la jurisprudencia que declaró la nulidad de los artículos 6° del Decreto 53 de 1993, 7° del Decreto 108 de 1994, 7° del Decreto 49 de 1995, 7° del Decreto 108 de 1996, 7° del Decreto 52 de 1997, 8° del Decreto 2743 de 2000 y 7° del Decreto 685 de 2002, señaló que tal porcentaje correspondía a un sobresueldo.*

Lo anterior permite inferir que el demandante se encuentra bajo el **nuevo régimen** que considera la prima especial como factor salarial para efectos pensionales; por lo que no debe tenerse en cuenta para liquidar las demás prestaciones sociales como factor de liquidación.

Acorde con lo anterior, si bien es cierto no hay lugar a la reliquidación de las

prestaciones sociales, también lo es que el actor si tiene derecho a que se le reliquiden los aportes a pensión durante todo el lapso de vinculación laboral con la entidad demandada, teniendo en cuenta la porción del 30% del salario que se le dejó de cancelar y que le fue pagado a título de Prima Especial de Servicios. La diferencia que resulte de esa reliquidación deberá consignarse en el fondo de pensiones donde se encontraban o encuentren afiliados. No obstante, se deberá descontar de la condena el aporte pensional correspondiente a los actores.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los aportes pensionales soportan la efectividad del derecho a la seguridad social, el cual es reconocido en nuestro ordenamiento como un derecho constitucional fundamental, irrenunciable, que no se extingue con el transcurso del tiempo, y que, a juicio de la Sala resultaría vulnerado si no se ordenaran realizar durante los períodos efectivamente laborados por los actores y sobre los cuales como se dijo, no opera la prescripción.

Se advierte, que el demandante radicó petición el 26 de junio de 2013 (fl. 22-28), suspendiendo así la prescripción trienal prevista en el artículo 102 del Decreto 3135 de 1968 que se contará a partir de tal fecha hacia atrás.

En efecto, conforme con los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado<sup>22</sup>, la prima especial tiene carácter salarial del 30% de la asignación básica mensual estipulada como prima, por lo tanto el Despacho, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Nacional inaplicara por Inconstitucional los artículos 8 de los Decretos Nos. 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012 y 1024 de 2013, en cuanto previeron como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Coordinadores de Juzgado Penal de Circuito Especializado, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar; y se declarara la **nulidad parcial** de los actos acusados - oficio DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, suscrito por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Tunja - Boyacá y en la Resolución No. 2232 de 4 de febrero de 2014, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, por medio de los cuales no se accedió a la solicitud de reliquidación de los factores salariales teniendo en cuenta la prima especial, ordenando a título de restablecimiento del derecho ordenando el pago de las correspondientes diferencias salariales desde teniendo en cuenta en la liquidación la prima especial del 30% con incidencia en las prestaciones legales desde el 26 de junio de 2010 hasta el 26 de junio de 2013.

---

<sup>22</sup>CONSEJO DE ESTADO - SECCION sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010).

En efecto, en el presente asunto se debe aplicar la sentencia de Unificación del Consejo de Estado – Sala de Conjuces<sup>23</sup> de fecha 16 de mayo de 2016, en relación a la prima especial en la que indicó:

*“5.- Adiciónese el fallo en el sentido de incluir la Prima Especial de Servicios, teniendo en cuenta para la liquidación de está todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los Congresistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 4° de 1992 al momento de efectuar la re liquidación y con base en los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y en este sentido se unifica la jurisprudencia.*

*6.- Conmínese a la AUTORIDADES para que en los términos de los artículos 10, 102 y 103 de la ley 1437 y los artículos 115 y 144 de la ley 1395 de 2010, adopten este fallo de unificación jurisprudencial.”*

Por lo tanto la entidad demandada deberá pagar la diferencia entre lo que debió pagarse y lo pagado. Es decir que el valor resultante será reajustado de acuerdo a la siguiente formula acogida por el Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada.

Dada la aplicación de la formula anterior que tiene el propósito de actualizar el poder adquisitivo del dinero, no es posible acceder al pago de intereses moratorios solicitado sobre las sumas adeudadas que por tener el mismo propósito resultan excluyentes.

Además, en cuanto a la pretensión relacionada con la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, como es bien sabido, la aludida indemnización se constituye en una sanción a cargo del empleador moroso y en favor de los servidores públicos y que tiene como finalidad resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago oportuno de la liquidación definitiva o parcial del auxilio de cesantía, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

Sobre esta sanción por mora, ha precisado el Consejo de Estado<sup>24</sup> lo siguiente:

<sup>23</sup>CONSEJO DE ESTADO-SALA DE CONJUECES. Consejero ponente: JORGE IVAN ACUÑA ARRIETA – CONJUEZ. Dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00246-02(0845-15). Demandado: RAMA JUDICIAL - DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL – DEAJ. Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION.

*“En ese orden de ideas, la sanción establecida en la Ley 244 de 1995<sup>25</sup> fue establecida por el legislador en cabeza de la entidad pública pagadora que incurra en « [...] mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, [...]»<sup>26</sup>, por cuanto, como se expuso en precedencia, el empleador dispone un plazo máximo de 45 días hábiles, « [...] a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.»*

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación<sup>27</sup>; y con la expedición del concepto jurídico de 13 de agosto de 2002, del cual pese a que no se aportó copia al proceso, según se observa en la reliquidación de las prestaciones sociales, dicha actuación de la administración tuvo su origen en el mismo, tal como se señaló en el acápite de hechos y pretensiones de la demanda<sup>28</sup>. En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.*

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

*La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley<sup>29</sup>.*

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

**En otra oportunidad<sup>30</sup> la misma corporación precisó:**

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del 17 de octubre de 2017, C.P. Dra. Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 08001-23-33-000-2012-000171-01(2839-14) de Carlos Alberto Gutiérrez Cárdenas contra el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

<sup>25</sup> *Ibíd*em 62.

<sup>26</sup> « por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

[...]

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

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

<sup>27</sup> Folios 15 y 16.

<sup>28</sup> Folios 3 y 4 del expediente.

<sup>29</sup> Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

<sup>30</sup> Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del 9 de noviembre de 2017. C.P. Lisset Ibarra Vélez, radicación No. 08001-23-33-000-2013-00033-02(2014-16) de Antonio Eduardo Bohórquez Collazos contra el DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA - CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA

*“(...) no puede predicarse la configuración de dicho fenómeno sancionatorio cuando apenas con ocasión de la presente decisión, se concretiza el derecho del actor a la reliquidación de sus prestaciones sociales (...)”*

En el caso concreto se tiene que al actor se le canceló oportunamente sus cesantías durante los años laborados. En este sentido se encuentra que en el caso concreto no se cumplen los presupuestos para que opere la sanción moratoria, pues no se trata de una demora en el pago de la prestación social, sino de una diferencia en su liquidación ocasionada por la falta de inclusión del 30% del salario básico correspondiente a la Prima Especial de Servicios que solamente hasta ahora se ordenará en esta sentencia.

En tal sentido igualmente se negará también esta pretensión.

#### **4.5.- Excepciones de fondo**

De las excepciones propuestas por la entidad demandada se dirá:

##### **4.5.1 Cobro de lo debido**

Ante la prosperidad parcial de las pretensiones, es claro que no está llamada a prosperar.

##### **4.3.3.2. De la prescripción de derechos**

En relación a esta excepción, en la que el apoderado de la parte demandante solicita se de aplicación al Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, aduciendo que los derechos se encuentran sometidos a una prescripción de tres (3) años, para resolver esta excepción se tendrá en cuenta lo siguiente

El decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el artículo 41 estableció:

*“Artículo 41º.- 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.”*

Por su parte del Decreto 1848 de 1969, en relación a la prescripción estableció:

---

**“Artículo 102º.- 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 la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”

En razón a lo anterior, en el presente asunto el demandante radico petición el 26 de junio de 2013 (fl.22-28), suspendiéndose así la prescripción trienal prevista en la norma ante citada, además presento petición de conciliación el 24 de junio de 2014 y se declaró fracasada el 22 de agosto de 2014, y la demanda se presentó el 24 de agosto de 2014 (Fl.21). Por lo tanto se contara a partir de 26 de junio de 2013 hacia atrás para efectos de prescripción de los reajustes.

En consecuencia se declara probada la excepción de caducidad en relación a los reajustes teniendo en cuenta la prima especial a partir del 26 de junio de 2010.

### **La innominada**

El Despacho no encuentra que deba declarar de oficio otra excepción de fondo.

### **5- Costas.**

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado<sup>31</sup> en la que se señala:

*... “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.*

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece 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”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada....”***

El Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que prosperaron parcialmente las pretensiones de la

<sup>31</sup> Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

demanda, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### **FALLA:**

**PRIMERO:- Declarar parcialmente probadas** las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por el apoderado de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL- DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, por lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:- INAPLÍCASEN** por Inconstitucionales los artículos 8 de los Decretos Nos. 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012 y 1024 de 2013, en cuanto previeron como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual devengado por el Doctor EDGAR KURMEN GOMEZ en su calidad de Magistrado de la Sala penal del Tribunal Superior de Tunja.

**TERCERO:- Declarar nulidad parcial** de los actos administrativos contenidos en los oficios DESTJ13-1597 de 3 de julio de 2013, suscrito por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial Tunja - Boyacá y en la Resolución No. 2232 de 4 de febrero de 2014, suscrita por la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, pero solo en lo que tiene que ver con la negativa del pago de las prestaciones incluido el 30% de la prima especial, según lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO:-** A título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL a reconocer y pagar al Doctor EDGAR KURMEN GOMEZ, identificado con C.C. No. 3.227.827, la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados con la prima especial, es decir el valor correspondiente a las diferencias salariales entre lo que le fue cancelado como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, entre el 26 de junio de 2010 a 25 de junio de 2013, tomando en cuenta el salario base y sin deducir el computo de la denominada Prima Especial de Servicios.

De las sumas que arroje la liquidación correspondiente deberá descontarse las sumas que efectivamente le fueron canceladas, asimismo el valor resultante será reajustado de acuerdo con lo explicado en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:- DECLÁRASE** la prescripción por los años anteriores al período reconocido entre el 26 de junio de 2010 a 25 de junio de 2013, conforme con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

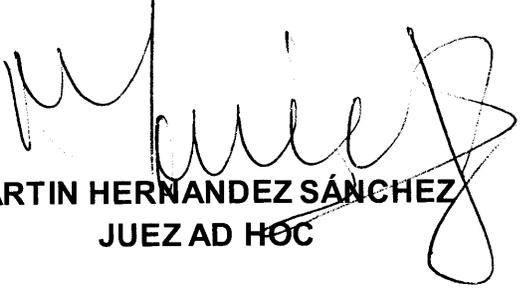
**SEXTO:-** NEGAR las demás pretensiones de la demanda

**SÉPTIMO:-** Sin condena en costas

**OCTAVO:** LA NACION- RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIA, darán cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO:-** Ejecutoriada esta providencia, archívese el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignaste, se ordena la devolución correspondiente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**MARTIN HERNANDEZ SÁNCHEZ**  
**JUEZ AD HOC**

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2015 – 00017