

República de Colombia

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE**

Ibagué, 02 MAY 2019

**REFERENCIA:** ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICACION No. 73001-33-33-010-2017-00244-00

**DEMANDANTE:** MARYIN YATE MENDOZA

**DEMANDADA:** LA NACION- RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL.

La Dra MARYIN YATE MENDOZA, por intermedio de Apoderado Judicial, en ejercicio del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, formula demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración judicial, pretendiendo se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DESAJIB16-1540 de fecha 25 de noviembre de 2016, emanado de la RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- SALA ADMINISTRATIVA- DIRECCION SECCIONAL DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE IBAGUÉ, mediante el cual se le negó como Juez de la República -, la reliquidación de sus prestaciones sociales y laborales y el reconocimiento y pago de las diferencias salariales existentes entre lo liquidado hasta ahora por la administración con el 70% de su salario básico y la liquidación que resulte teniendo como base 100% de su salario básico, incluyendo el 30% de este, que la administración ha tomado para darle el título de prima especial sin carácter salarial y el reconocimiento y pago de la prima especial sin carácter salarial, como adición o agregado a la asignación básica, prevista en el art. 14 de la ley 4 de 1992.

**ANTECEDENTES**

La demandante promovió la Acción Contenciosa referenciada, ante el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué, titular que mediante auto del 06 de septiembre de 2017 se declaró impedido para continuar su conocimiento en virtud de tener interés directo en el resultado de la misma. Surtido el trámite procesal, el Tribunal Administrativo del Tolima a través de decisión proferida el 29 de septiembre de 2017 resolvió aceptar el citado impedimento y en consecuencia declaró separado del conocimiento del asunto en mención a la Juez Décima Administrativo ..

En diligencia realizada el 03 de febrero de 2015 se llevó a cabo el Sorteo de Juez Ad-hoc habiéndose sorteado a GUSTAVO ADOLFO ARBELAEZ ARBELAEZ

La demanda fue admitida por auto de 18 de marzo de 2018, notificada en legal forma y surtido el traslado, fue respondida en forma oportuna por la parte accionada.

### HECHOS NARRADOS POR EL ACCIONANTE

Afirma la demandante estar vinculada a la Rama Judicial como Juez desde el 06 de noviembre de 2015, siendo su último cargo Juez Segunda de Pequeñas Causas Laborales de Ibagué.

Dice que, mediante la ley cuadro o marco 4ª de 1992, estableció los criterios, objetivos y principios generales, a los que debe sujetarse el gobierno para fijar el 4º régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, cumpliendo con la distribución de competencias o atribuciones prevista en el literal f, numeral 19 del Art. 150 de la Constitución Nacional.

Advierte que, reglamentando la ley 4 de 1992, el gobierno nacional, mediante decretos anuales ha fijado la remuneración básica mensual y en general el régimen salarial y prestacional de los servidores de la rama judicial del poder público, cumpliendo con la parte específica de la distribución de atribuciones en esta materia, consagrada en la norma constitucional precitada.

Señala que en el art. 14 de la ley 4 de 1992, se creó por el Congreso, entre otras autoridades judiciales, para los jueces y magistrados, la prima especial sin carácter salarial, que el gobierno debía reglamentar, sin ser inferior al 30%, ni superior al 60% de la remuneración básica mensual.<sup>1</sup>

Indica que, el Gobierno Nacional, mediante decretos dictados anualmente, ha reglamentado la prima especial sin carácter salarial, prevista en el art. 14 de la ley 4 de 1992, la cual fijó con un monto del 30% de la remuneración básica de los funcionarios judiciales en la norma relacionados, entre los que se encuentra el cargo de juez que ostenta el convocante.

La prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual, para los Jueces y Magistrados entre otras autoridades judiciales, ha venido siendo reglamentada por el Gobierno Nacional, mediante las siguientes disposiciones: art. 9 del Decreto 51 de 1993, art. 9 del Decreto 104 de 1994, art. 7 del Decreto 43 de 1995, art. 9 del Decreto 34 de 1996, art. 9 del Decreto 47 de 1997, art. 6 del Decreto 64 de 1998, art. 9 del Decreto 43 de 1999, art. 9 del Decreto 2739 de 2000, art. 9 del Decreto 1474 de 2001, art. 6 del Decreto 673 de 2002, art. 9º del Decreto 3568 de 2003, art. 9º decreto 4171 de 2004, art. 9º decreto 935 de 2005, art. 6 Decreto 389 de 2006, art. 6 Decreto 618 de 2007, art. 6 Decreto 658 de 2008, art. 8 Decreto 723 de 2009, y art. 4 Decreto 1405 de 2010.

Afirma que mediante los decretos iniciales y el último del 2010, reglamentarios del art. 14 de la ley 4ª de 1992 el Gobierno regló la prima especial sin carácter salarial, dándole su tradicional y centenaria naturaleza de ser un incremento, adición o agregado al sueldo mensual. Así se observa en el art. 9 del Decreto 51 de 1993, art. 9 del Decreto 104 de 1994, art. 9 del Decreto 34 de 1996 y art. 9 del Decreto 47 de 1997, art. 6 del Decreto 3569 de 2003, art. 9 del Decreto 4171 del 2004, art.

<sup>1</sup> Art 14 ley 4 de 1992. el gobierno nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los magistrados de todo orden de los tribunales superiores, de distrito judicial y contencioso administrativo, agentes de 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...

9 del Decreto 935 de 2005, art. 4 Decreto 1405 de 2010, con una nítida y correcta concepción al indicar en estas normas que los jueces y magistrados entre otras autoridades judiciales, "tendrán derecho a percibir a partir del 1 de Enero de... una prima especial sin carácter salarial, equivalente al 30% del salario básico.

Igualmente advierte que sin embargo, en el art. 7 del Decreto 43 de 1995, art. 6 del Decreto 64 de 1998, art. 9 del Decreto 43 de 1999, art. 9 del Decreto 2739 de 2000, art. 9 del Decreto 1474 de 2001, art. 6 del Decreto 673 de 2002, art. 6 Decreto 389 de 2006, art. 6 Decreto 618 de 2007, art. 6 Decreto 658 de 2008, art. 8 Decreto 723 de 2009, el Gobierno Nacional, reglamentó la prima especial sin carácter salarial prevista en el art. 14 de la ley 4 de 1992, estableciendo que esta sería un 30% del salario básico del funcionario, con lo cual tomó el porcentaje mencionado de la remuneración mensual, para darle el título de prima, por lo que despojó así, de efectos salariales al 30% del sueldo básico, de los servidores de la rama judicial enlistados en la normas ibídem, entre los que se encuentra el cargo de juez de circuito que ostenta el demandante .

En estos últimos dispositivos normativos, el gobierno no reglamenta la prima especial sin carácter salarial, tal como la concibió el art. 14 de la Ley 4 de 1992 y se ha concebido en la tradición jurídica colombiana, como un incremento, agregado, adición o plus a la remuneración mensual, si no que ha castigado el sueldo básico de los servidores de la rama judicial, imputándola e incluyendo esta prima dentro de la remuneración básica, con lo cual reduce en un 30% el carácter salarial de su sueldo básico. Tal reglamentación se observa, cuando las normas referidas prevén que "se considerará como prima especial sin carácter salarial, el 30% del salario básico mensual de los magistrados auxiliares de las Altas Cortes, de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los coordinadores de Juzgado Penal del Circuito Especializado".

Dice que, a la demandante se le ha liquidado por la demandada, desde el año 2015, hasta la fecha, la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, bonificación por servicios y de demás prestaciones y emolumentos, con el 70% remuneración básica y no con el 100% de esta, por haberse reglamentado en algunos decretos del Gobierno la prima especial sin carácter salarial, descontándose a la remuneración básica y en lugar de adicionar la prima al sueldo mensual, le restó a este el 30% de su carácter salarial. Para ello la administración acude a los decretos precitados, que establecen que "el 30% de la remuneración básica, será prima especial sin carácter salarial".

Agrega que, a la demandante, la administración judicial, tampoco le ha pagado su prima especial mensual sin carácter salarial, equivalente al 30% de su remuneración básica, durante los años 1992 a la fecha, estando adeudándole su valor durante todos estos años, pues la prima especial está debidamente creada por el art. 14 de la Ley 4 de 1992 y los Decretos reglamentarios, art. 9 del Decreto 51 de 1993, art. 9 del Decreto 104 de 1994, art. 9 del Decreto 34 de 1996 y art. 9 del Decreto 47 de 1997, art. 9 del Decreto 3568 de 2003, art. 9 del Decreto 4171 del 2004 y art. 9 del Decreto 935 de 2005, art. 4 Decreto 1405 de 2010, con su naturaleza jurídica tradicional de ser una adición o un sobresueldo a la remuneración, aunque exista algunos decretos que al reglamentarla, la hayan tomado de la remuneración básica.

Sostiene que desde 2015 a la demandante se le han liquidado sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social, con el 70% de su remuneración básica y no con el 100%, por haberse reglamentado en algunos decretos del Gobierno la prima especial de servicios sin carácter salarial, descontándola de la remuneración

básica y en lugar de adicionar la prima al sueldo mensual, le restó a este el 30% de su carácter salarial.

Afirma que desde el año 2015, la administración judicial para pagarle a la actora su salario y prestaciones, fracciona la remuneración básica en dos partes así: a) A un 70% le atribuye la connotación de sueldo básico mensual, b) al otro 30% le atribuye el carácter de prima especial de servicios sin carácter salarial.

Sostiene que la administración cuando relaciona en los pagos, el 30% como prima especial, en realidad este porcentaje hace parte de la remuneración mensual legalmente establecida, luego entonces no está cancelando prima alguna, pues este porcentaje corresponde a la parte del sueldo básico que ha tomado para denominarlo prima.

Considera que con tal proceder, la administración judicial castiga y reduce doblemente los ingresos laborales de la demandante, i) le reduce en un 30% el carácter salarial a su remuneración básica legalmente fijada, por lo que liquida todas sus prestaciones con el 70% de su asignación básica y ii) no paga la prima especial mensual sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración básica legal, como una adición, agregado o sobresueldo a la remuneración.

Afirma, que es claro que la prima no tiene carácter salarial, por así disponerlo el art.14 de la Ley 4 de 1992, pero como la Administración Judicial toma el 30% del sueldo básico y lo califica como prima especial, con ello le quita al sueldo básico, un 30% de su carácter salarial, dejando como sueldo básico, solo un 70% de la remuneración básica legalmente establecida, y con ese 70% liquida las prestaciones sociales y laborales de su servidor, reduciéndolas en el mismo porcentaje que le resta al salario básico.

**PRETENSIONES**

**PRIMERA** Que se declare la nulidad del oficio DSAJIB 16-1540 del 25 de noviembre de 2016, por medio del cual la DIRECCION SECCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL DE IBAGUE, le negó a la Dra. MARYIN YATE MENDOZA, la reliquidación de sus prestaciones sociales y laborales y el reconocimiento y pago de las diferencias salariales existentes entre lo liquidado con el 70% de su salario básico y la liquidación que resulte teniendo como base 100% de su salario básico, incluyendo el 30% de este.

**SEGUNDA:** Que a título de restablecimiento del derecho se condene a La Nación-Rama Judicial-, a reliquidar, reconocer y pagar a la demandante desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, todas sus prestaciones sociales y laborales teniendo como base el 100% de su sueldo básico mensual legal, incluyendo en la base el 30% de la asignación básica mensual.

**TERCERA:** Que igualmente a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer y pagar a la actora desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, el valor de las diferencias salariales, laborales y prestacionales existente entre la liquidación que hizo la administración con el 70% de salario básico y el valor que resulte de reliquidar todas sus prestaciones sociales y laborales.

**CUARTA:** Que igualmente a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer y pagar a la actora desde el 06 de noviembre 2015, hasta la fecha de la sentencia y en adelante, el valor de las diferencias salariales, laborales y prestacionales existente entre la liquidación que hasta ahora ha hecho la administración con el 70% de salario básico y el valor que resulte de reliquidar todas sus prestaciones sociales y laborales.

**QUINTA:** : Que al mismo título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a pagar a la accionante, desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y en adelante se siga pagando mensualmente la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30%de la remuneración básica que hasta ahora no se le ha reconocido ni cancelado.

**SEXTA** Que se condene a la demandada a seguir liquidando y pagando todas las prestaciones sociales y acreencias laborales con el 100% de su remuneración básica mensual incluyendo el 30% que hasta ahora no computa como salario.

**SÉPTIMA:** Que se condene a la demandada a pagar las anteriores sumas debidamente indexadas y al pago de los intereses.

**OCTAVA:** Hacer declaraciones ultra y extra petita por los derechos ciertos e irrenunciables que resulten probados.

**NOVENA:** Lo anterior previo a inaplicar por inconstitucionales;, artículo 6 del decreto 658 de 2008, artículo 8 del decreto 723 de 2009, artículo 8 del decreto 1368 de 2010, artículo 8 del decreto 1039 de 2011, artículo 8 del decreto 874 de 2012, artículo 8 del decreto 1024 de 2013, en cuanto restan el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial.

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

Se estiman infringidos los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 150 y 209 de la Constitución Política, 2,4, 10 y 14 de la ley 4 de 1992 y numeral 7 del art. 152 de la ley 270 de 1996.

Comienza por exponer que las decisiones demandadas son contrarias a principios constitucionales y legales que le son superiores, en especial la ley 4 de 1992, toda vez que de conformidad con el artículo 14 de la referida disposición, la prima especial de servicios debe ser cancelada como un plus al salario básico mensual y no como se viene haciendo, restando ese porcentaje al salario básico.

Explica que desde 1993, a la demandante le han venido cancelando sus prestaciones laborales con el 70% de su remuneración y no el 100% de la misma, puesto que se le descuenta el 30% por concepto de prima especial de servicios sin carácter salarial.

Reitera que todas las prestaciones le son liquidadas al demandante, con su sueldo reducido en un 70%, por tener la administración la administración el 30% del

salario básico como la prima, con lo cual no solo se le paga la prima como incremento o adición al salario básico legalmente en los decretos anuales por el gobierno, sino que además se le disminuyen las prestaciones sociales del actor en un 30%, porcentaje en que se disminuye la base salarial para efectos prestacionales.

Esgrime el actor que una prima, así no tenga carácter laboral, jamás puede entenderse incluida dentro del salario básico y menos como reducción de este, pues la prima como lo ha sostenido el Consejo de Estado siempre se entiende como un incremento, adición, sobresueldo o plus a la asignación básica mensual.

Finalmente, arguye el actor que la prima es un derecho adquirido, que se ha incorporado en su patrimonio, como quiera que existe la norma legal que la crea el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y los decretos que la reglan debidamente como una adición o sobre sueldo a la asignación básica legal, que la prima así concebida no se podría desconocer por normas posteriores, porque viola el principio de los derechos adquiridos, los principios de progresividad y de no regresión de la remuneración del trabajador y los de imposibilidad de reducción y menoscabo de los derechos de este.

Acto seguido solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad respecto de las siguientes disposiciones: artículo 6 del decreto 658 de 2008, artículo 8 del decreto 723 de 2009, artículo 8 del decreto 1368 de 2010, artículo 8 del decreto 1039 de 2011, artículo 8 del decreto 874 de 2012, artículo 8 del decreto 1024 de 2013, en cuanto restan el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial.

Dicha petición se sustenta en el hecho de que al establecer que la prima especial sin carácter salarial corresponda al 30% del salario básico, son contrarias a las normas superiores, esto es, artículos 25 y 53 de la Constitución Política, artículo 2 de la ley 4 de 1992 y numeral 7 del artículo 152 de la ley 270 de 1996.

Todo lo anterior, sustentado en precedentes del Honorable Consejo de Estado, los cuales también han sido desconocidos por la entidad accionada.

De la misma forma, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad como quiera que existen funcionarios a quienes se les ha reconocido y pagado el derecho aquí reclamado como consecuencia de sendas sentencias judiciales que resolvieron asuntos similares.

Concluye su exposición señalando que se desconocen los derechos adquiridos del actor, así como el principio de favorabilidad en materia laboral y que bajo ninguna perspectiva puede considerarse que se configure el fenómeno jurídico de la prescripción.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por intermedio de apoderada judicial, la parte demandada se opone a las pretensiones de la misma, argumentando que de conformidad con lo previsto en la ley 4 de 1992 la prima especial de servicios no tiene carácter salarial y por lo tanto dicho porcentaje no puede computarse para liquidar prestaciones sociales.

Adicionalmente sostiene que la jurisprudencia únicamente sirve como criterio auxiliar de la actividad judicial y en ese sentido las sentencias de nulidad dictadas en otros procesos benefician a quienes fueron parte en el mismo, tal como lo prescribe el artículo 175 del C.C.A.

Propuso las siguientes excepciones:

Prescripción: solicita se decrete la prescripción trienal respecto de buena parte de los derechos laborales reclamados.

Genérica o innominada: Solicita se declare probada cualquier excepción que se llegue a acreditar dentro del proceso.

**LAS PRUEBAS**

Certificación laboral expedida por la Rama Judicial donde consta salarios y prestaciones incluyendo la liquidación de cesantías pagados al demandante (fl. 44 a 48 Y 92 a 188 ).

Copia del derecho de petición presentado por la demandante a la administración judicial con fecha 19 de septiembre de 2016 ( fl.32 a 36 ).

Acto administrativo demandado. (fl 37 a 39 ).

Certificado de no conciliación expedida la Procuraduría Provincial de Ibagué (fl 49 a 53,)

Cumplidas las etapas procesales, en especial las señaladas por el art. 179 y 180 del C.P.AC.A., y no observándose causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a decidir el fondo del asunto previas las siguientes:

**C O N S I D E R A C I O N E S**

La controversia consiste en establecer si la accionante tiene derecho a que por parte de la Rama Judicial se le reconozca y pague la prima especial de servicios, no como parte integrante de la asignación básica sino como un agregado al mismo y consecuente con ello, se reajusten sus prestaciones sociales.

La parte actora sostiene que desde el año de 2015 y en adelante, la prima especial de servicios se le resta al salario básico perdiendo con ella su connotación de prima, ocasionando una desmejora salarial. Adicionalmente, esto motiva que sus prestaciones sociales sean desmejoradas, liquidadas con el 70% del salario básico y que no se pague la prima como adición al salario.

La entidad demandada centra su defensa argumentando que la prima especial de servicios no es factor computable en la liquidación de prestaciones sociales toda vez que no tiene el carácter de factor salarial.

En ese orden de ideas, la controversia radica en establecer si la demandante tiene derecho a que la Rama Judicial le reconozca y pague la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 como un valor agregado sobre la asignación básica y no como parte integrante de esta como lo ha venido haciendo.

Previamente a resolver el fondo del asunto, la Sala se pronunciará frente a la oportunidad de la demanda y a las excepciones propuestas por la entidad accionada.

Aparece palmario que la caducidad no ha operado ya que el debate versa sobre prestaciones periódicas, que según el artículo 136 numeral 2 del Código

Contencioso Administrativo complementado con la jurisprudencia constitucional y administrativa, se pueden demandar en cualquier tiempo, principio que quedó ratificado en el artículo 164 la Ley 1437 de 2011; además como quedó evidenciado en el proceso el acto no se notificó en debida forma por lo que el actor se notificó por conducta concluyente para promover ésta acción, tal como lo prevén los artículos 44 al 48 del C.C.A (Decreto 01 de 1984) y lo ratifican los artículos 66 al 72 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**Prescripción:**

La prescripción es una forma de extinguir un derecho sustancial y según el criterio fijado por la Honorable Corte Constitucional<sup>2</sup>, la misma cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

A partir de lo anterior, es necesario precisar que la Constitución Política, en los artículos 25 y 53 establece la protección del derecho al trabajo y como tal la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen la dignidad del trabajador. Es por ello que existe una gama de leyes sociales que son ampliamente favorables al trabajador, considerado la parte débil dentro de la relación laboral, pero también dichas disposiciones buscan garantizar la seguridad jurídica.

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

Así las cosas, tenemos que el decreto 3135 de 1968, artículo 41 dispone:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

A su vez, el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, señala:

*“Prescripción de acciones.*

- 1. Las acciones que 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.”*

Como se puede notar, las normas que regulan lo atinente a la prescripción, señalan que la misma se empieza a contar en contra del trabajador únicamente a partir del momento en que el derecho se hace exigible y por ende, proceder en

<sup>2</sup> Sentencia C-381/00

222

sentido contrario sería cercenar los derechos laborales, ya que se le estaría castigando por no haber reclamado antes de que se le indicara la existencia de un beneficio.

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia del 6 de marzo de 2008, consideró que existen eventos en que el derecho se constituye es por la sentencia que así lo declara y en consecuencia, sólo a partir de ese momento se puede comenzar a contar el término de prescripción.

La solución propuesta no es nueva para la jurisprudencia contenciosa, pues además de aplicarla varias veces en contratos realidad, ya había tenido un tratamiento similar en lo relativo a la prima de actualización para los miembros retirados de la Fuerza Pública, pues en aquella ocasión el Honorable Consejo de Estado<sup>4</sup> consideró que solo a partir del momento en que se anulaban las expresiones que impedían a estos tener derecho a este emolumento laboral, se les podía comenzar a contar la prescripción.

En asuntos muy similares al presente donde se ordena para funcionarios de la Rama Judicial la inclusión del 30% del salario base de liquidación excluido por tenerse este porcentaje como prima especial sin carácter salarial, el Consejo de Estado estimó que la prescripción solo podía comenzar a correr a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del acto general que impide al servidor reclamar este derecho. Esta posición la ha asumido el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, pidiéndose citar entre varias sentencias, la del 04 de agosto de 2010, sentencia del 04 de marzo de 2010 y sentencia del 02 de abril de 2010.<sup>5</sup> Sobre el punto el Consejo de Estado ha dicho que: *"Existiendo un hecho nuevo que genere un expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho..."*

De conformidad con lo anterior y frente al caso concreto, tenemos que las normas que regulan la prima especial de servicios para los funcionarios de la Rama Judicial y que establecen que la misma se toma de un porcentaje de lo que corresponde por concepto de asignación básica y no como un valor adicional (es decir limitan el salario) se encuentran vigentes y por ende, es este fallo el que las inaplica por inconstitucionalidad, por lo que esta sentencia se torna en aquella que constituye el derecho para el demandante y por tal razón, solo a partir de este momento se puede empezar a contar la prescripción del beneficio para el trabajador.

#### **Innominada o genérica:**

Se precisa que de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en la sentencia definitiva el Juez decidirá sobre las propuestas y cualquiera que se encuentre probada, sin que dentro del asunto se observen elementos que puedan constituir una excepción que amerite ser decretada de manera oficiosa.

#### **DE LO PROBADO DENTRO DEL PROCESO.**

Conforme consta en las certificaciones laborales de cargos ejercidos, salarios y prestaciones, liquidación de cesantías y según el mismo acto demandado, se halla

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A.C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152.06)

<sup>4</sup> Expediente 17001-23-31-000-2003-00496-01

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de Agosto de 2010, radicación No. 250002325000200505159-01; sentencia del 4 de Marzo de 2010, número interno 1469-07; sentencia de 8 de Abril de 2010, número interno 0512-08.

probado que la demandante presta servicios a la Rama Judicial desde el 06 de noviembre de 2015, hasta la fecha, como Juez, siendo su último cargo el de Juez Segunda de Pequeñas Causas Laborales.

Igualmente aparece acreditado todo cuanto se le ha pagado a la actora por concepto de salarios y prestaciones, incluyendo la liquidación anual de las cesantías. Por último aparece debidamente probado que la actora pertenece al régimen de acogidos de la Rama Judicial previsto en el decreto 57 de 1993, por lo que sus cesantías son liquidadas anualmente.

### CUESTIÓN DE FONDO

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

En virtud de lo anterior, el 18 de mayo de 1992 se expidió la ley 4ª, convirtiéndose de esta manera en la ley marco para que el señor Presidente de la República fijara el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos. La mencionada norma, en su artículo 14 prescribió lo siguiente:

***“ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.***

*Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

***PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.”***<sup>6</sup> Se subraya

Posteriormente, a través de la sentencia C-279 de 1996, la Honorable Corte Constitucional declaró la exequibilidad del aparte resaltado. En aquella oportunidad, la Corporación analizó una demanda que se formuló contra el aparte resaltado, puesto que se estimaba que quitarle el efecto salarial a la prima prevista por el artículo en cuestión, contrariaba los principios constitucionales. En tal sentido, se señaló:

***“El legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.”***

<sup>6</sup> El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-279 de 1996.

La ley 332<sup>7</sup> del 19 de diciembre de 1996, modificó el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y en su tenor literal dispuso:

*“ARTÍCULO 1o. La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.*

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

Como se puede notar, la última normativa introdujo dos modificaciones al texto original, consistente la primera en que la aludida prima haría parte del ingreso base únicamente para efectos de cotizar a pensiones y la segunda, que se hizo extensiva a algunos empleados de las altas corporaciones judiciales y del Ministerio Público.

El gobierno, en desarrollo de la ley 4a de 1992, establece mediante decretos anuales la remuneración de los empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, enlistando la denominación de los cargos de los juzgados y le señala la remuneración básica mensual.

En esos decretos anuales, el gobierno desde el año de 1993 en adelante, ha reglamentado la prima especial sin carácter salarial prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, fijándola en un monto equivalente al 30% del salario básico mensual, entre otros funcionarios para los Magistrados, Jueces y demás autoridades que relaciona.

El gobierno nacional a partir del año de 1992, fecha de creación de la prima especial sin carácter salarial, prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, la reglamentó cada año, tanto para lo que se acogieron al régimen previsto en el decreto 57 de 1993 y para quienes quedaron en el régimen antiguo a esta norma o no acogidos.

Para el régimen de quienes optaron por lo dispuesto en el decreto 57 de 1993, situación en la que se encuentra el demandante, el gobierno reglamentó la prima para magistrado y otras autoridades judiciales, estableciendo que **el 30% del sueldo básico se considerará como prima especial sin carácter salarial**. Lo anterior se observa en el artículo 6º del decreto 57 de 1993; artículo 6º del decreto 106 de 1994; artículo 7º del decreto número 43 de 1995; artículo 6º del decreto número 36 de 1996; artículo 6º del decreto 76 de 1997; artículo 6º del decreto 64 de 1998; artículo 6º del decreto 44 de 1999; artículo 7º del decreto 2740 de 2000; artículo 7º del decreto número 1475 de 2001; artículo 7º del decreto 2720 de 2001; artículo 7 del decreto 2777 de 2001; artículo 6º del decreto 673 de 2002; artículo 6º del decreto 3569 de 2003; artículo 6º del decreto 4172 de 2004; artículo 6º del decreto 936 de 2005; artículo 6º del decreto 389 de 2006; artículo 6º del decreto 618 de 2007; artículo 6º del decreto 658 de 2008; artículo 8º del decreto 723 de

<sup>7</sup> Aclarada por la ley 476 de 1998, en lo relacionado con los miembros de la Fiscalía General de la Nación.

2009; artículo 8° del decreto 1388 de 2010, el artículo 8 del decreto 1039 de 2011 y el artículo 8 del decreto 0874 de 2012.

Para el régimen antiguo o de no acogidos a lo dispuesto por el decreto 57 de 1993, el gobierno ha reglamentado la prima, para los magistrados y jueces y otras autoridades, estableciendo que **estos tendrán derecho a un prima especial sin carácter salarial equivalente, al 30% del sueldo básico.** Esta forma de regulación de la prima se evidencia en los decretos: decreto 51 de 1993, decreto 104 de 1994, decreto 47 de 1995, decreto 34 de 1996, decreto 47 de 1997, decreto 65 de 1998, decreto 43 de 1999, decreto 2739 de 2000, decretos 1474 y 2724 de 2001, decreto 682 de 2002, decreto 3568 de 2003, decreto 4171 de 2004, decreto 935 de 2005, decreto 388 de 2006, decreto 617 de 2007, decreto 657 de 2008, decreto 722 de 2009, decreto 1405 de 2010

A primera vista se observa, que es bien distinto el contenido y alcance del grupo de decretos que desarrollan la prima previendo que los servidores judiciales **“tendrán derecho a percibir una prima especial sin carácter salarial, equivalente al 30% del salario básico”** al contenido de aquellos decretos que preceptúan **“que se considerará como prima, sin carácter salarial, el 30% del salario básico...”**; el primer contenido instituye una prestación como valor adicional al salario, mientras que el segundo, considera una parte del salario como prima especial.

Con este último texto, el Gobierno, no está creando nada adicional al salario, no instituye prima alguna, como quiera que a un porcentaje de la remuneración básica se le dé la connotación de prima, se incorpora ésta dentro del salario básico y en ese porcentaje de prima que es parte del sueldo, se le resta a éste su carácter salarial.

En estos decretos que consideran el 30% del salario básico como prima sin carácter salarial, se incurre en una antinomia jurídica, ya que no está creando un valor agregado al salario, sino que a éste como remuneración básica se le está reduciendo en un 30% su carácter prestacional, en razón de que la prima, desde su origen, por disposición del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, no tiene carácter salarial.

Los decretos que imputan a una parte del salario, la prima especial, no hacen más que crear un prima aparente e irreal, pues como se ha concebido en dichas normas, esta no constituye ningún beneficio o valor adicional al salario, con lo cual en realidad se despoja de efectos salariales al sueldo básico, en un 30%, por no tener la prima carácter salarial, disminuyéndose con esto el monto de las prestaciones sociales de los servidores judiciales entre ellos al cargo del demandante.

Una prima laboral, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, invariablemente debe significar un valor adicional, agregado o plus al salario básico y en ningún caso puede significar una disminución o retroceso de este, porque con esta última concepción, se presenta quebranto a los principios de progresividad, de no regresión y de imposibilidad de mejorar los derechos de un trabajador.

Los decretos que reglamentan la prima como un agregado o adición al salario, como debe entenderse una prima, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado, se avienen perfectamente a la Constitución y a la ley, pues en ellos se concibe la prima como institución centenaria de ser agregado o plus al salario. Esta es la concepción y la naturaleza obvia de una prima, ya que ella jamás podrá significar reducción o aminoramiento a la asignación mensual; siempre la prima como lo expone la jurisprudencia contenciosa administrativa, aunque no tenga carácter

salarial, ha significado un valor adicional o incremento a la asignación básica.

Entre tanto los decretos que reglan la prima especial del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, considerándola como una parte del salario básico, no tienen cabida ni asidero en nuestro sistema jurídico, como también lo advierte el Consejo de Estado, pues en tales circunstancias no implica adición o incremento al salario, como lo debe ser una prima y en el caso concreto de la prestación creada en la norma precitada, por no tener carácter salarial, esta se convierte en una disminución o castigo al salario de los servidores judiciales.

Resulta exótico y por demás inconcebible, que una prima sea creada considerando una parte del salario básico como tal y peor aún para disminuir la remuneración de un servidor sea público o privado, pues en tal evento no tiene sentido su creación, ya que toda prima se instituye para incrementar o mejorar un salario y jamás para aminorarlo o diezmarlo.

Los decretos citados que consideran el 30% del salario básico como prima, reducen la remuneración de los servidores judiciales, quebrantan los principios de progresividad, de no regresión, de imposibilidad de disminución, prohibición de desmejorar los derechos de un trabajador, el principio de los derechos adquiridos, y el principio de favorabilidad de estos, con lo cual transgreden abiertamente el protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, protocolo de san Salvador, los artículos 53, 5, 58 de la Constitución Nacional, el artículo 2 de la ley 4 de 1992 y el artículo 152 de la ley estatutaria de administración de justicia.

Los mencionados decretos que le imputan la prima a una parte del salario, son violatorios de los instrumentos internacionales y de las normas constitucionales y legales antes indicadas, en cuanto implican menoscabo y reducción del salario del demandante y de los servidores judiciales que enlista, conllevando un retroceso en la senda de protección de sus derechos laborales y un desconocimiento al derecho adquirido de la prima, creada legalmente en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y en los decretos arriba relacionados, que la instituyen como valor adicional al salario. Bajo ese entendido las precitadas normas que toman una parte del salario básico de los servidores judiciales, para llamarlo prima, entre los que se halla el demandante, reduciendo su salario, se deben inaplicar por inconstitucionales, para la resolución del problema jurídico aquí planteado.

La manifiesta inconstitucionalidad de las normas que regulan la prima tomando una parte de la asignación básica para tenerla como tal, ya la definió el Consejo de Estado, concluyendo que estas normas, bajo la apariencia de crear un prima especial equivalente al 30% del sueldo básico, en realidad despojaron de efectos salariales a dicho porcentaje, disminuyendo el monto de las prestaciones de los servidores judiciales, evidenciándose un franco desconocimiento de los derechos laborales de estos y una manifiesta trasgresión al artículo 53 de la Constitución y 2 de la ley 4ª de 1992.

Así se tiene que el Consejo de Estado en **sentencia del 2 de abril de 2009, radicación No. 11001032500020070009800 (1831-07)**, rectifica su jurisprudencia que inicialmente había sostenido en la sentencia del 09 de marzo de 2006, en la que había considerado que el gobierno estaba facultado para tomar una parte del salario, denominarlo prima y quitarle consecuentemente, a este los efectos prestacionales. La rectificación jurisprudencial precisamente la hizo la alta corporación para corregir el yerro sostenido hasta ese momento y definir categóricamente que es abiertamente inconstitucional e ilegal lo hecho por el gobierno, al tomar una parte del salario para llamarlo prima.

En ese sentido, es importante advertir que el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 09 de marzo de 2006,<sup>8</sup> al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 6º contenido en los decretos 057 de 1993, 106 de 1994, 043 de 1995, 036 de 1996, 076 de 1997, 064 de 1998, 044 de 1999, 2740 de 2000, 2720 de 2001 y 0673 de 2002, sostuvo que dicha norma no desconoció los criterios y principios fijados en la ley 4ª de 1992, puesto que guardaron fidelidad con las previsiones dadas por el legislador.

En dicha providencia y luego de realizar un análisis literal del texto de la norma, señaló que la prima especial de servicios era un porcentaje del salario y por tanto, no se desbordaron las facultades de la ley marco.

No obstante, tres años después la misma corporación<sup>9</sup> rectificó su jurisprudencia y esta vez consideró que a partir del acto legislativo surgido como consecuencia del plebiscito de 1957, la ley 19 de 1958, la reforma constitucional de 1968, la ley 65 de 1967 y los decretos que en virtud de ello se expidieron, nació un fenómeno jurídico en la remuneración de los servidores públicos, llamado primas, entendidas como un agregado en su ingreso laboral, el cual en unas ocasiones tiene naturaleza prestacional o salarial, pero siempre entendida como un incremento en los ingresos que el trabajador obtiene por la labor prestada.

La alta corporación refuerza su tesis argumentando que de conformidad con el decreto 1042 de 1978, existen emolumentos económicos a favor del trabajador, tales como prima técnica, prima de antigüedad, prima de clima, que representan un valor adicional en los ingresos de los servidores públicos.

Ante esta disparidad de criterios en la jurisprudencia vertical<sup>10</sup> (nótese que ambas sentencias son emitidas por la Sala Plena de la Sección Segunda) corresponde al fallador tomar la determinación que en su sentir, mejor se ajuste a las realidades sociales, políticas y económicas de la sociedad.

Para tal fin y adentrándonos en ello, observa la Sala que cuando el Honorable Consejo de Estado emitió la sentencia del 09 de marzo de 2006, realizó una interpretación textual o literal del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, pues se limitó a señalar que los decretos habían respetado la voluntad del legislador, ya que este había precisado que la prima especial de servicios sería un porcentaje de la asignación básica.

Empero, en la sentencia del 02 de abril de 2009, la alta corporación acudió a los valores y principios de la constitución y de la ley marco 4ª de 1992 y realizó una interpretación finalista de esta, tal como se desprende del aparte que seguidamente se transcribe:

***“El presente asunto se centra en determinar, si el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, adolece de nulidad, en cuanto prescribe que el 30% de la remuneración mensual de los servidores que enlista, se considera prima especial sin carácter salarial; porque, en sentir del accionante, de un lado, contempla empleados para los cuales la Ley 4º de 1992, no estableció la prima especial en mención y de otro, fracciona el monto mensual de la***

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena, C.P. Dr., Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia del 9 de marzo de 2006, expediente 11001-03-25-000-2003-00057-01(121-03)

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00(1831-07)

<sup>10</sup> De conformidad con las líneas jurisprudenciales de las altas cortes, sus pronunciamientos deben servir de guía para la toma de decisiones en casos similares.

asignación, cuestión que trae consigo la reducción de emolumentos prestacionales de los servidores involucrados, en particular lo referente a la pensión de jubilación. (...)

En efecto, la Ley 4<sup>o</sup> de 1992, materializo el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la carta política, por cuanto contiene las normas generales, los objetivos y los criterios dentro

de los que el ejecutivo fijara el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza pública. Así, esta Ley en su artículo 2<sup>o</sup>, estipuló tales criterios y objetos dentro de los que el Gobierno Nacional, cumple el encargo constitucional diseñado. De dicho enunciado, es posible deducir que los referentes que regulan la expedición de la actividad reglamentaria, reflejan pautas que pese a su contenido generalmente, en el literal a) del artículo 2<sup>o</sup> citado, expresa un concepto cerrado en cuanto prohíbe al gobierno de manera genérica desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado. En esa medida hay que entender que el control jerárquico entre la Ley marco y los reglamentos que la desarrollan, para el caso en análisis muestra una pauta enteramente clara, cuya utilidad refleja su contenido práctico en el modo como los decretos reglamentarios atienden o no este postulado.

Desde otro punto de vista, en la Ley 4<sup>a</sup>, se diseñó un conjunto de conceptos inherentes a la forma de retribuir la función pública; por ende, del artículo 3<sup>o</sup>, fluye la noción del sistema salarial integrado por sus elementos, entre ellos, la estructura del empleo, la naturaleza de las funciones, las escalas y tipos de remuneraciones por cargo, por categoría y por nivel ocupacional en atención a las instancias de responsabilidad.

Se tiene entonces, que los decretos reglamentarios de esta Ley, habrán de obedecer sistemáticamente dichos conceptos, que pese a su naturaleza técnica, permiten en su conjunto un contenido sustancial de coherencia que inobjetablemente le es exigible al Estado en el instante de presentar el sistema salarial y prestacional, categoría jurídica de tanto significado que por sí misma excluye por ilegal, cualquier forma de antagonismo, no en función del texto legal propiamente dicho- en su mera literalidad – sino directamente, atendiendo el criterio de corrección lógico que sustenta el esquema remuneratorio aplicado a los servidores públicos.

En otros términos, la Sala subraya que el control de legalidad sobre los decretos reglamentarios expedidos en ocasión del desarrollo de la Ley 4<sup>a</sup> de 1992, no necesariamente se agota en la confrontación formalista de los textos, tal como ha ocurrido en esa acción al formular los cargos primero y segundo, sino que el alcance del control que incumbe al Juez Contencioso lo conduce a examinar los contenidos que le dan disposición y estructura lógica a la formulación de los programas para organizar la manera de remunerar a los servidores Públicos, evento que por supuesto, habilita el análisis sustancial entre los parámetros de la Ley y las definiciones de los decretos reglamentarios.

#### **RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL**

Esta sala en sentencia 9 de marzo del 2006 proferida dentro del proceso No. 0121-2003, examinó la manera como el Gobierno Nacional en los Decretos Reglamentarios Nos. 057, 106, 043, 036, 076, 064, 044, 2740, 2720 y 673 de las anualidades comprendidas entre 1993 y 2002 respectivamente, manejó el cumplimiento del artículo 14 de la Ley 4<sup>a</sup> de 1992 en lo concerniente a la prima sin carácter salarial del 30% del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales del Distrito Judicial y de lo Contencioso Administrativo,

Jueces de la república, entre otros, e indicó en aquella ocasión, un control literal entre los Decretos cuestionados y el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, para concluir, que el Gobierno Nacional no desbordó la pauta señalada en la Ley marco, porque su actividad únicamente limitó, en concordancia con la norma que la autorizó, a señalar el porcentaje a título de prima dentro de la escala porcentual señalada (sic) por el legislador y en ese orden, estimó que por ese concepto el 30% de la asignación básica tendría esta connotación.

Descalificó, por desatino la afirmación de los actores, en cuanto sostenían que el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, creó una prima adicional a la asignación básica, y el Gobierno Nacional la obvió cuando imputó una parte del salario al carácter de esta prima, presentando como argumento la jurisprudencia de aquel entonces, **“que la interpretación textual de artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, no permite llegar al acierto precedente en tanto mediante la citada norma no se crea la citada prima ni a la postre se faculta al Gobierno para crearla sino simplemente se le autoriza para determinar porcentualmente una parte de la asignación básica como prima sin carácter salarial”**. Concluía la providencia, **“... que el espíritu de la Ley 4ª de 1992,... consistió en “quitarle” a una porción de la asignación básica efectos salariales y reflexionó que como toda asignación básica, per se, comporta efectos salariales decidió denominarla prima en orden a evitar confusiones generadoras de controversias jurídicas”**. (Resalta la sala).

Como puede comprenderse, la rectificación que en este fallo se explicita, surge de la concepción misma de control que incumbe al juez Contencioso respecto de los decretos reglamentarios de la Ley marco, al puntualizar que el control jerárquico, entre éstos, y la voluntad del legislador no puede de manera alguna ser de mera literalidad o de simple confrontación formal de normatividad, pues como la Sala ahora lo sostiene, la naturaleza misma de la Ley marco obliga a que el control de los decretos que la desarrollan deba necesariamente ser de contenido.

**TESIS DE LA SALA FRENTE AL CASO EN ANÁLISIS**

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

Lo primero que hay que registrar es que conforme al acto legislativo surgido del plebiscito de 1957 (artículo 5º), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia del servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; sin embargo, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que possibilitó la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, de ahí se derivan los Decretos 2400 de 1968, y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de “primas”, para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en

todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.

En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contenido de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

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

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

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que lo considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado a la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de Justicia, es decir, es carga de la Justicia entender los alcances del ordenamiento Jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas – inciso 2º del artículo 53 de la constitución política -, todo ello dentro del contexto de un cometido de proporción y justifica la existencia de un Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usada por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4 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 dentro del 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 4 de 1992, y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico."*

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

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

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

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

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

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

Si bien, el artículo 7 del decreto 618, anulado en la sentencia del 02 de Abril de 2009, no incluye a Magistrados, Jueces y demás funcionarios relacionados en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, dicha norma anulada si reglamentaba esta prima, de manera idéntica a los decretos anuales que reglamentan esta prestación para

los funcionarios de la rama judicial, considerándola como parte del salario básico.

La misma sentencia precitada del 02 de Abril, amplía su tesis a los empleados enlistados de la rama judicial, en relación con la prima especial sin carácter salarial, estimando que la jurisprudencia que rectifica es precisamente aquella que interpretaba que el gobierno si podía tomar una parte del salario de los Jueces, Magistrados y demás funcionarios beneficiarios de la prima especial sin carácter salarial, para tenerlo como ésta prestación.

En la citada sentencia, se indica por el Consejo de Estado, que el art. 7 del decreto 618 de 2007, declarado nulo, reglamenta la prima, de manera idéntica como la reglamentan los arts. De los decretos que la fijan para jueces, Magistrados y demás funcionarios relacionados en el art. 14 de la ley 4 de 1992.

Como lo advierte el mismo Consejo de Estado, el problema jurídico resuelto en la sentencia del 2 de Abril, que declaró nulo el artículo 7 del decreto 618 del 2007, es el mismo problema jurídico, que resulta aplicable a éste evento, porque el tema central no es otro que el de la prima especial del artículo 14 de la ley 4 de 1992, para jueces y magistrados y demás autoridades que enlista, en cuanto se toma con idéntico contenido o con reproducción normativa, un porcentaje del salario básico para llamarlo prima.

Al declararse por el Consejo de Estado, abiertamente inconstitucional e ilegal el artículo 7 del decreto 618 de 2007 que regulaba la prima considerando como el 30% del salario básico se expulsó y eliminó del ordenamiento jurídico, dicho concepto normativo. Lo declarado inconstitucional o ilegal como el mismo Consejo de Estado lo advierte es el concepto normativo de considerar la prima especial sin carácter salarial, como parte del salario básico.

Posterior a la sentencia del 02 de abril se han dictado por la máxima autoridad de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, múltiples sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, ratificando que la prima siempre debe entenderse como un agregado o adicción al salario, tenga ésta o no carácter salarial y que jamás esta podrá ser parte de la remuneración básica misma, porque ello implicaría reducción, disminución y regresión del salario de los funcionarios judiciales para los cuales se ha creado. Entre las numerosas sentencias que han fijado este criterio, se pueden citar las siguientes, I) Sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda, sala de Conjueces 27 de Junio de 2012, rad. 2005-00827-02 ( NI. 0477-09), Conjuez Ponente Dr. Gabriel De la Vega Pinzón, demandante Leonardo Antonio Caro Castillo, II) Sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda, sala de Conjueces 14 de Diciembre de 2011 rad. 76001233100020010292301 ( NI. 1146-2006), Conjuez Ponente Dr. Ernesto Forero Vargas, actor, Jaime Alexis Chaparro, III) Sentencia del 24 de agosto de 2011, rad. 76001233100020010151002 (NI. 0624-2009 ), IV) Sentencia del 19 de Mayo de 2010, radicación No. 250002325000200501134-01 (07-0419), V) sentencia del 4 de Agosto de 2010, radicación No. 250002325000200505159-01, VI) sentencia del 4 de Marzo de 2010, número interno 1469-07, VII) sentencia de 8 de Abril de 2010, número interno 0512-08., VIII) IX) sentencia del 30 de Octubre de 2008, número interno 1295-07, X) sentencia del 15 de Abril de 2004, número interno 712-2001, XI) sentencia del 3 de Marzo de 2005, número interno 17021-05, IX) Sentencia del 1 de Octubre de 2009, radicación No. 250002325000200503970-01( 2354-07).

En las sentencias anteriormente enunciadas, dictadas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado, inaplicó por ser manifiestamente inconstitucionales, los artículos de los decretos anuales dictados

por el gobierno, que consideran el 30% del salario básico como prima especial, ordena reliquidar las prestaciones de los servidores judiciales, teniendo como base el 100% de su salario básico legalmente establecido, incluyendo el 30% que a este se le ha reducido para tenerlo como prima y concluye que la prima se debe reconocer como agregado o adición a la asignación básica.

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

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

Ahora bien, mediante decreto 057 de 1993, el Gobierno Nacional estableció un régimen obligatorio para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y en el artículo 2º, se previó que los servidores públicos que ya venían vinculados a la entidad, tendrían derecho para optar por el régimen nuevo, para lo cual debían manifestarlo hasta antes del 28 de febrero de 1993 y que en caso de que guardaran silencio, se entendería que se mantenían en el régimen anterior.

En virtud de ello, anualmente se expiden los decretos que fijan los salarios para cada uno de los regimenes así:

AÑO	REGIMEN SALARIAL NUEVO	REGIMEN SALARIAL ANTIGUO
1993	DECRETO 57	DECRETO 51
1994	DECRETO 106	DECRETO 104
1995	DECRETO 43	DECRETO 47
1996	DECRETO 36	DECRETO 34
1997	DECRETO 76	DECRETO 47
1998	DECRETO 64	DECRETO 65
1999	DECRETO 44	DECRETO 43
2000	DECRETO 2740	DECRETO 2739
2001	DECRETOS 1475, 2720 Y 2777	DECRETOS 1474 Y 2724
2002	DECRETO 673	DECRETO 682
2003	DECRETO 3569	DECRETO 3568
2004	DECRETO 4172	DECRETO 4171
2005	DECRETO 936	DECRETO 935
2006	DECRETO 389	DECRETO 388
2007	DECRETO 618	DECRETO 617
2008	DECRETO 658	DECRETO 657
2009	DECRETO 723	DECRETO 722

2010	DECRETO 1388	DECRETO 1405
2011	DECRETO 1039	
2012	DECRETO 0874	
2013	DECRETO 1024	

Observa la Sala que para ambos regímenes salariales se regulo lo atinente a la prima especial de servicios, pero de manera diferente, tal como se desprende del siguiente cuadro comparativo.

RÉGIMEN NUEVO <sup>11</sup>	RÉGIMEN ANTIGUO <sup>12</sup>
En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, <u>se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual</u> de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar.	Los funcionarios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, con excepción de los señalados en el párrafo de dicho artículo, <u>tendrán derecho a percibir a partir del 1o. de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico.</u> La prima a que se refiere el presente artículo, es incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7o. del presente decreto.

Como se puede notar, la misma situación se regula de manera diferente para aquellos que se encuentran cobijados por el régimen salarial previsto en el decreto 057 de 1993 y demás normas que lo modifican, pues a estos de manera expresa se les indica que *"se considerará como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual"*; mientras tanto, para los que pertenecen al régimen anterior, se dice que *"tendrán derecho a percibir a partir del 1o. de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico"*.

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

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

<sup>11</sup> Se regula de manera expresa así: Decreto 57 de 1993 artículo 6°; Decreto 106 de 1994 artículo 6°; Decreto número 43 de 1995 artículo 7°; Decreto número 36 de 1996 artículo 6°; Decreto 76 de 1997 artículo 6°; Decreto 64 de 1998 artículo 6°; Decreto 44 de 1999 artículo 6°; Decreto 2740 de 2000 artículo 7°; Decreto número 1475 de 2001 artículo 7°; Decreto 2720 de 2001 artículo 7°; Decreto 2777 de 2001 artículo 7°; Decreto 673 de 2002 artículo 6°; Decreto 3569 de 2003 artículo 6°; Decreto 4172 de 2004 artículo 6°; Decreto 936 de 2005 artículo 6°; Decreto 389 de 2006 artículo 6°; Decreto 618 de 2007 artículo 6°; Decreto 658 de 2008 artículo 6°; Decreto 723 de 2009 artículo 8°; Decreto 1388 de 2010 artículo 8°.

<sup>12</sup> Se regula de manera expresa así: Decreto 51 de 1993, artículo 9°; decreto 104 de 1994, artículo 9°; decreto 47 de 1995, artículo 9°; decreto 34 de 1996, artículo 9°; decreto 47 de 1997 artículo 9°; decreto 65 de 1998, artículo 9°; decreto 43 de 1999, artículo 9°; decreto 2739 de 2000, artículo 9°; decreto 1474 de 2001, artículo 9°; decreto 2724 de 2001, artículo 9°; decreto 682 de 2002, artículo 9°; decreto 3568 de 2003, artículo 9°; decreto 4171 de 2004, artículo 9°; decreto 935 de 2005, artículo 9°; decreto 388 de 2006, artículo 9°; decreto 617 de 2007, artículo 9°; decreto 657 de 2008, artículo 9°; decreto 722 de 2009, artículo 4; decreto 1405 de 2010, artículo 4.

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

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

Yendo al campo fáctico de la controversia sometida a consideración del juzgador, de las certificaciones laborales obrantes al proceso, y de lo sostenido en el acto atacado, expedido por la rama judicial, deviene claro y nítido que a partir del 06 de noviembre de 2015, la entidad demandada, en aplicación de los decretos antes mencionados que toman una parte del salario para llamarlo prima, recorta y disminuye el salario básico legalmente establecido de la demandante en un 30% y con ese salario disminuido le liquida todas sus prestaciones, incluyendo sus cesantías anuales y aportes a seguridad social.

Confrontando la remuneración básica mensual establecida en cada uno de los decretos anuales, con lo pagado por la administración a la demandante, se encuentra que en cada mensualidad y durante todo el año, como plantea la demandante, la rama judicial divide su salario básico en dos conceptos, un 70% de éste lo deja como salario básico y el otro 30% lo llama prima especial.

Con ese salario reducido al 70% , la administración le liquida todas las prestaciones sociales y laborales a la demandante, por haber tomado de su salario básico legalmente previsto, el otro 30% para llamarlo prima.

De lo analizado, se advierte diáfamanamente, que la rama judicial le ha disminuido el sueldo legalmente establecido a la demandante, en un 30%, con lo cual solo le liquida sus prestaciones con un 70% de su salario básico, desde el año 2015, por lo que le adeuda durante todo éste tiempo los efectos e incidencias en todas sus prestaciones que tenga el 30% de su salario básico que hasta ahora ha excluido de la base de liquidación.

En relación con las cesantías, de los actos de liquidación de esta se observa que la administración hace igual que con las otras prestaciones, la liquida con el 70% del salario básico y para ellas incluye las doceavas partes de las primas, que también han sido calculadas, con la remuneración básica reducida en un 30%.

En relación con los aportes a la seguridad social en pensiones, la administración hasta ahora ha efectuado estos con el 100% del salario básico legalmente establecido, incluyendo el 30% de este que tiene como la aparente prima, pero no ha tenido en cuenta la prima real como incremento o adición equivalente al 30% de la asignación básica, por su actitud de tener una parte del salario como la mencionada prima.

Como la prima, tal como se ha expuesto, debe entenderse como un agregado o adición al salario básico, en tal sentido debe tenerse en cuenta para el cálculo de

los aportes a la seguridad social en pensión, pues si bien la prima no tiene carácter salarial en relación con las prestaciones, para efectos pensionales si lo tiene, por expresa disposición del art. 1 de la ley 332 de 2006. Esto quiere decir, que la administración como hasta ahora, no ha pagado la prima especial, como un incremento o valor adicional al salario, tampoco ha efectuado los aportes derivados de este factor, a la seguridad social en pensiones del actor.

Como se reitera, deviene lógico que toda prima signifique un incremento o plus salario, pues como se expuso antes, su existencia solo se concibe como retribución o reconocimiento al trabajo ejecutado, por lo que jamás ella puede significar recorte o decrecimiento de la remuneración. El mismo sentido común indica para el más lego de los ciudadanos, que una prima se establece como incentivo o incremento para estimular al trabajador; una medida laboral que no incremente el sueldo básico legalmente establecido, jamás podrá entenderse como prima.

En el caso de los servidores judiciales, la prima especial sin carácter salarial se encuentra legalmente creada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, como lo advierte el Consejo de Estado, en su sentido natural y obvio de ser adición o agregado al salario.

Nadie discute entonces que la razón de crear la prima especial sin carácter salarial, del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, radica en la intención y el propósito de incrementar y mejorar el salario de los servidores que enlista, como debe ser el fin de crear esta prima tenga o no carácter salarial.

La vigencia y existencia de la prima, es aceptada por la misma administración en el acto administrativo demandado, y la plasma en las nóminas y certificaciones de pago, pero al hacer su computo la liquida de manera ilegal y contradictoria a la naturaleza de la prima, porque al 30% del salario básico de la demandante lo considera como prima especial, con lo cual la prima que dice pagar, es aparente y ficticia, siendo que lo que anuncia como tal, es parte del salario básico.

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

Además de las grandes desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, que se han hecho sobre el principio de favorabilidad en materia laboral, para el presente caso es perfectamente aplicable, los sostenido por el profesor Uruguayo Américo Plá Rodríguez, quien brillantemente sobre el tema ha diseñado una teoría que se convirtió en doctrina internacional del trabajo, estableciendo como el primero de los principios del derecho del trabajo, el principio protector, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades, plasmando este principio en tres reglas: **la de in dubio pro operario, la de la norma más favorable, y la de la condición más beneficiosa**; que las definió, así:

*a) La regla "in dubio pro operario". Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel*

que sea más favorable al trabajador.

b) *La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.*

c) *La regla de la condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador*<sup>13</sup>

Todo esto impone necesariamente concluir a la luz del Estado social de derecho, que los destinatarios de la prima especial sin carácter salarial, creada por el art. 14 de la ley 4 de 1992 y reglamentada correctamente como valor adicional al salario, se consolidó como derecho adquirido de la actora y por ello no podía el Gobierno y menos la administración suprimírselo mediante decretos posteriores que constituye además un desconocimiento a lo preceptuado en el capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La rama judicial, como aparece prima facie, de los fundamentos que expone de los actos atacados y de las certificaciones laborales allegadas, nunca le ha pagado al demandante, desde el 1 de Enero de 1993, la prima especial sin carácter salarial, como un agregado o adición al salario, equivalente al 30% de éste. Contrario Sensu, la Rama Judicial, toma un 30% del salario básico para llamarlo prima, en lugar de adicionarle ese 30% a la asignación básica legalmente establecida.

En atención a lo expuesto, aparece paladino que la Rama Judicial, hasta ahora ha menoscabado las prestaciones sociales y laborales de aactora, excluyéndole de su base liquidatoria un 30% su salario básico, que tiene como prima y no le cancela la prima especial sin carácter salarial, como un valor adicional al salario legalmente establecido en los decretos dictados anualmente por el gobierno, con lo cual incurre en violación de los principios constitucionales relacionados en precedencia, que le impiden desmejorar el salario de sus empleados y afectar sus garantías mínimas.

No es de recibo lo argumentado por la Rama Judicial en su contestación de demanda en cuanto considera que la declaratoria nulidad del artículo 7 del decreto 618 de 2007 no hace referencia a los jueces y magistrados, que la prima no tiene carácter salarial, que los decretos que consideran el 30% del salario como prima gozan de presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento.

Se desecha la argumentación de la demandada, pues ya quedó aclarado, que el art. 7 del decreto 618 de 2007 anulado, regula la prima especial sin carácter salarial, de manera idéntica, con texto reproducido, como se regula ésta, para los jueces, Magistrados y demás autoridades beneficiarias. Siendo que es el mismo Consejo de Estado el que advierte que rectifica su jurisprudencia, para considerar que la prima especial, también estaba indebidamente creada para los jueces y Magistrados, siendo precisamente este el punto central objeto de rectificación jurisprudencial.

Con relación a lo invocado, de no tener la prima carácter salarial, este punto no admite discusión, ya se dijo, que la prima no tiene carácter salarial para efectos prestacionales, este aspecto no se discute, porque así lo previó el art. 14 de la ley

<sup>13</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, " Los principios del derecho del trabajo", Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 40.

4 de 1992, lo que es irrazonable e injurídico, donde radica el problema jurídico planteado, es tomar un porcentaje del salario, para llamarlo prima, porque, si a una parte de la remuneración básica se le llama prima, no se está creando prestación adicional al sueldo básico, no se crea beneficio alguno al salario, por el contrario, como la prima no tiene carácter salarial, al sueldo básico se le quita el porcentaje de la prima, para efectos prestacionales. Como se ha expuesto reiteradamente en líneas anteriores, la prima debe agregarse al salario básico y no fraccionar este para considerar un porcentaje suyo como prima especial.

Respecto de la afirmación esgrimida por la demandada de estar vigentes los decretos, que consideran parte del salario como la prima y ser estos obligatorios, cabe responder que si bien es cierto, éstas normas no han sido anuladas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ellas no se pueden aplicar por ser manifiestamente inconstitucionales, en cuanto, disminuyen, reducen, regresan el salario, transgreden el principio de favorabilidad y desconocen un derecho adquirido del demandante.

En conclusión, para el Juzgado es claro que el acto administrativo demandado, así como los decretos del gobierno, que consideran el 30% del salario básico como prima especial, son contrarios al ordenamiento superior (ley, constitución y bloque de constitucionalidad), y por ende se accederá a las pretensiones de la demanda, para lo cual, acorde con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado<sup>14</sup> se inaplicarán las normas que regulan la prima especial de servicios a la actora, en cuanto ordenaron que la misma fuera considerada como un porcentaje de la asignación básica.

Dilucidado lo anterior, ha de aclararse que en el caso concreto no tiene lugar la prescripción de derechos, por las razones que se pasan a explicar:

La prescripción es una forma de extinguir un derecho sustancial y según el criterio fijado por la Honorable Corte Constitucional<sup>15</sup>, la misma cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

A partir de lo anterior, es necesario precisar que la Constitución Política, en los artículos 25 y 53 establece la protección del derecho al trabajo y como tal la existencia de unas condiciones mínimas que garanticen la dignidad del trabajador. Es por ello que existe una gama de leyes sociales que son ampliamente favorables al trabajador, considerado la parte débil dentro de la relación laboral, pero también dichas disposiciones buscan garantizar la seguridad jurídica.

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

Así las cosas, tenemos que el decreto 3135 de 1968, artículo 41 dispone:

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. C.P. Dr., Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de mayo de 2010, expediente 25000-23-25-000-2005-01134-01(0419-07)

<sup>15</sup> Sentencia C-381/00

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

A su vez, el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, señala:

*“Prescripción de acciones.*

*1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que 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.”*

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

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado<sup>16</sup> en sentencia del 6 de marzo de 2008, consideró que existen eventos en que el derecho se constituye es por la sentencia que así lo declara y en consecuencia, sólo a partir de ese momento se puede comenzar a contar el término de prescripción.

La solución propuesta no es nueva para la jurisprudencia contenciosa, pues además de aplicarla varias veces en contratos realidad, ya había tenido un tratamiento similar en lo relativo a la prima de actualización para los miembros retirados de la Fuerza Pública, pues en aquella ocasión el Honorable Consejo de Estado<sup>17</sup> consideró que solo a partir del momento en que se anularon las expresiones que impedían a estos tener derecho a este emolumento laboral, se les podía comenzar a contar la prescripción.

En asuntos muy similares al presente donde se ordena para funcionarios de la Rama Judicial la inclusión del 30% del salario base de liquidación excluido por tenerse este porcentaje como prima especial sin carácter salarial, el Consejo de Estado estimó que la prescripción solo podía comenzar a correr a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la nulidad del acto general que impide al servidor reclamar este derecho. Esta posición la ha asumido el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, pidiéndose citar entre varias sentencias, la del 04 de agosto de 2010, sentencia del 04 de marzo de 2010 y sentencia del 02 de abril de 2010.<sup>18</sup> Sobre el punto el Consejo de Estado ha dicho que: *“Existiendo un hecho nuevo que genere un expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho...”*

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A C.P. Dr., Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

<sup>17</sup> Expediente 17001-23-31-000-2003-00496-01

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de Agosto de 2010, radicación No. 250002325000200505159-01; sentencia del 4 de Marzo de 2010, número interno 1469-07; sentencia de 8 de Abril de 2010, número interno 0512-08.

De conformidad con lo anterior y frente al caso concreto, tenemos que las normas que regulan la prima especial de servicios para los funcionarios de la Rama Judicial y que establecen que la misma se toma de un porcentaje de lo que corresponde por concepto de asignación básica y no como un valor adicional (es decir limitan el salario) se encuentran vigentes y por ende, es este fallo el que las inaplica por inconstitucionalidad, por lo que esta sentencia se torna en aquella que constituye el derecho para el demandante y por tal razón, solo a partir de este momento se puede empezar a contar la prescripción del beneficio para el trabajador.

Por lo anterior, no hay lugar a declarar la prescripción de derechos.

Consecuente con lo anterior, se ordenará a la entidad accionada:

1. . Reliquidar, reajustar y pagar las prestaciones sociales de la actora, incluyendo el 30% de su asignación básica legal que no fue tenida en cuenta por cuanto se venía considerando como prima sin carácter salarial.
2. El reconocimiento y pago al actor de la suma que resulte como diferencia entre lo que hasta ahora ha pagado la administración con el salario reducido y la reliquidación de todas sus prestaciones, incluyendo cesantías y seguridad social, que resulte teniendo como base el 100% del salario legalmente previsto.
3. Las sumas que resulten adeudadas con motivo de esta sentencia, deberán ser reajustadas en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación prestacional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Así mismo, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se condenará en costas a la parte demandada por darse los presupuestos exigidos en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** DECLARAR no probadas la excepciones denominadas PRESCRIPCION e INNOMINADA propuestas por la demandada, de acuerdo con lo expuesto.

**SEGUNDO :** INAPLICAR por inconstitucionales las siguientes disposiciones: articulo 6 del decreto 658 de 2008, articulo 8 del decreto 723 de 2009, articulo 8 del decreto 1368 de 2010, articulo 8 del decreto 1039 de 2011, articulo 8 del decreto 874 de 2012, articulo 8 del decreto 1024 de 2013, en cuanto restan el 30% del salario básico de los servidores judiciales que relaciona, para llamarlo prima especial sin carácter salarial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO:** DECLARAR la nulidad del oficio DESAJIB16-1540 de fecha 25 de noviembre de 2015, expedido por la Rama Judicial, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Ibagué.

**CUARTO:** CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, a reliquidar, reajustar y pagar a la Doctora MARYIN YATE MENDOZA, desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, hasta su permanencia como Juez de la República, todas sus prestaciones sociales, salariales y laborales, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, seguridad social en salud y pensión, bonificación por servicios prestados y demás prestaciones, emolumentos laborales, que se puedan ver incididos y que en el futuro se establezcan y causen, teniendo como base para la liquidación, el 100% de su remuneración básica mensual legal, incluyendo por tanto, con carácter salarial el 30% de su sueldo básico, que la administración judicial ha tomado de este para denominarlo prima especial sin carácter salarial, creada por el art. 14 de la ley 4 de 1992, por lo que hasta ahora le ha liquidado sus prestaciones con el 70% de su sueldo básico mensual.

**QUINTO:** CONDENAR a la NACION RAMA JUDICIAL, a reliquidar, reconocer y pagar a la demandante desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y en adelante, hasta su permanencia como Juez de la República, el valor de las diferencias salariales y prestacionales existente entre lo liquidado y pagado hasta ahora por la administración judicial con el 70% de remuneración mensual básica y la reliquidación de todas sus prestaciones y emolumentos laborales solicitadas en la pretensión anterior, que resulte teniendo como base de liquidación el 100% de la remuneración básica mensual, incluyendo con carácter salarial para la liquidación el 30% del sueldo básico que la rama judicial ha tenido hasta ahora como prima especial sin carácter salarial.

**SEXTO:** CONDENAR a la NACION RAMA JUDICIAL a reconocer y pagar a la demandante desde el 06 de noviembre de 2015 hasta la fecha de la sentencia y que en adelante se siga pagando, hasta su permanencia como Juez de la República, la prima especial mensual sin carácter salarial, equivalente al 30% de la remuneración básica que hasta ahora no se le ha reconocido ni cancelado, como agregado, adición, incremento o sobre sueldo a la remuneración mensual.

**SEPTIMO:** : LA NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, seguirá liquidando y pagando a la demandante, todas sus prestaciones sociales y demás emolumentos y derechos laborales, con base en el 100% de su remuneración básica mensual legalmente establecida, incluyendo el 30% del

suelo básico, que hasta ahora ha tenido como prima especial sin carácter salarial, mientras permanezca desempeñándose como Juez de la República.

**OCTAVO:** Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, según la fórmula anteriormente expuesta.

**NOVENO:** A esta sentencia se le dará cumplimiento en los términos señalados por los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**DECIMO:** CONDENAR en costas a la parte vencida, liquídense por secretaria y aplíquese el procedimiento establecido en el artículo 366 del C. G.P..

**UNDECIMO:** Fijese como agencias en derecho la suma de \$3.096.135 ( TRES MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE ), que corresponde al 9% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de demanda.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**GUSTAVO ADOLFO ARBELAEZ ARBELAEZ**  
Juez Ad-Hoc