

CESANTIA – No es una prestación periódica / CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Conteo del término cuando surge un hecho nuevo producto de una decisión judicial anulatoria / PRIMA ESPECIAL DE SERVICIO EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Inclusión en la base liquidataria de la cesantía por decisión judicial anulatoria. Caducidad de la acción / PRESCRIPCION DE LA CESANTIA – Conteo del término por hecho nuevo contenido en decisión judicial anulatoria / CESANTIAS – Reliquidación por hecho nuevo contenido en decisión judicial anulatoria. Procedencia (RECTIFICACION Y UNIFICACION JURISPRUDENCIAL)

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto. Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento. Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 2002,, que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. Sobre el tema, en consecuencia, la Sala acoge lo planteado

por las sub- Secciones A y B cuando han considerado que procede estudio de fondo al haber surgido el derecho al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 134

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia del estudio de fondo de la reliquidación de la censantía por nulidad de las disposiciones que regulan la prima especial de servicio, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de marzo de 2010, Rad. 1469-07, M.P. Alfonso Vargas Rincón y sentencia de 8 de abril de 2010, Rad. 0512-08, M.P., Víctor Hernando Alvarado Ardila.

SENTENCIA DE NULIDAD DE LA PRIMA ESPECIAL SIN CARACTER SALARIAL DE SERVICIOS EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Efecto. Se debe reconocer como base liquidataria de todas las prestaciones sociales desde la anualidad de 1993 a 2000, por tener carácter salarial (RECTIFICACION Y UNIFICACION JURISPRUDENCIAL)

Así las cosas, sin lugar a dudas, el restablecimiento deprecado con fundamento en la declaratoria de nulidad de las referidas normas (Artículos 7 Decreto 50 de 1998; 7 Decreto 38 de 1999; 7 del Decreto 2729 de 2001), se producirá para los años en que se estableció que el porcentaje del 30% hacía parte del salario, es decir, para los años 98, 99 y 2001, en el entendido que es salario la remuneración permanente y periódica que percibe el empleado como retribución por sus servicios y que se constituye en la base para efectos de la liquidación prestacional. Rectificación jurisprudencial. La Sección Segunda ha venido, a través de sus Subsecciones, negando la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidataria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de las normas anuales que se citaron en párrafos precedentes y que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo. Esta negativa será objeto de rectificación y unificación a través de esta decisión, al considerar la Sala que la consecuencia que la anulación de cada una de estas normas genera, no es otra que la de incluir el 30% que a título de prima especial percibían los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor. Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

FUENTE FORMAL: DECRETO 50 DE 1998 – ARTICULO 7 / DECRETO 38 DE 1999 – ARTICULO 7 / DECRETO 2729 DE 2001

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08)

Actor: ROSMIRA VILLESAS SANCHEZ

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda –Subsección “B” el 18 de octubre de 2007, negando las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda (Fol. 16-24). La señora Rosmira Villescas Sánchez, a través de apoderada, acude ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y solicita se declare la nulidad de los Oficios DSAF-23 018824 del 3 de noviembre de 2004 y DSAF 23-020188 del 22 de noviembre de 2004 expedidos por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, y de la Resolución No. 000044 del 18 de enero de 2005 expedida por la Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, que le negaron la inclusión en la base liquidatoria de sus cesantías y prestaciones sociales, del 30% que percibió como prima especial.

A título de restablecimiento solicita se ordene a la entidad pagarle las prestaciones sociales que le adeuda en su carácter de ex fiscal Delegada ante el Tribunal del Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, por el equivalente al 30% desde el 16 de julio de 1992 hasta el 28 de noviembre de 2001 y cumplir la

sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamentos fácticos relata la actora su vinculación laboral con la Fiscalía General de la Nación desde el 16 de julio de 1992 hasta el 28 de noviembre de 2001, y que ha recibido el reconocimiento anual de sus cesantías desde 1993 pero sin incluir el 30% equivalente a la prima especial, a pesar que dicho rubro se percibe en forma permanente y constituye factor salarial conforme lo dispone la Ley 4 de 1992 y los Decretos 053 de 1993, 108 de 1994, 049 de 1995, 108 de 1996, 054 de 1997, 050 de 1998, 038 de 1999, 2743 de 2000, 1480 y 2729 de 2001 y 685 de 2002.

Normas violadas y concepto de violación. Enlista la actora en su demanda como vulnerados los artículos 23 y 25 constitucionales; los artículos 84, 85, 138, 139, 143, 176, 206 a 214 del C.C.A., el inciso 3º del artículo 12 de la Ley 4 de 1992; el artículo 3º de los Decretos 053 de enero 7 de 1993 y el Decreto 717 de 1978.

Violación de la constitución y la ley. Aduce la demandante que la entidad al negarle la inclusión del 30% de prima especial como factor salarial en la liquidación de sus prestaciones sociales, está desconociendo el inciso tercero del artículo 12 y el artículo 3º del Decreto 053 de 1993 que establecen que a los servidores que opten por el nuevo régimen salarial y prestacional se les liquidarán las cesantías con base en la nueva remuneración, y el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 que dispone que constituye factor salarial toda remuneración que en forma permanente reciban los funcionarios de la Rama.

Adicionalmente refiere la vulneración de los artículos constitucionales que consagran el derecho al trabajo y a su remuneración, así como el principio de favorabilidad que ampara los derechos laborales de cualquier servidor.

Contestación a la demanda (Fol. 55-63). La Fiscalía General de la Nación, a través de apoderado, se opone a la prosperidad de las pretensiones, afirmando que no le constan los hechos en que se encuentran sustentadas. Como razones de defensa refiere que la liquidación prestacional de la actora se efectuó acorde con el régimen prestacional y salarial de la Fiscalía General de la Nación, concretamente lo previsto en el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 que no le otorga carácter salarial al 30% del salario básico que percibe un funcionario de la Fiscalía.

Señala que el legislador claramente estableció que la prima especial de servicios

sería no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, es decir, indicó que este porcentaje quedaba incluido en el salario como parte integrante y no como excedente, circunstancia que impide acceder a la inclusión de este porcentaje de manera adicional, pues de hacerlo se estaría otorgando un beneficio que la ley no concede.

Como excepciones propone: 1) “La Caducidad de la acción” porque los actos que liquidaron y cancelaron las cesantías le otorgaron a la demandante la posibilidad de ser recurridos y de dicha prerrogativa no se hizo uso, sino que por el contrario se dejó transcurrir el término para posteriormente provocar otro pronunciamiento de la administración con el único propósito de revivir términos y poder acudir a la jurisdicción; 2) “Falta de agotamiento de la vía gubernativa” que hace que los actos que reconocieron la cesantía anual, permanezcan incólumes; 3) La genérica que se desprenda de los hechos, las pruebas y las normas legales pertinentes.

Bajo los anteriores argumentos y dado que existen pronunciamientos del Consejo de Estado que han determinado que el ejecutivo no tenía la facultad de otorgar la prima especial a los funcionarios de la Fiscalía que se acogieron al nuevo régimen salarial, concluye la entidad que las resoluciones a través de las cuales fueron liquidados y reconocidos los salarios y prestaciones sociales de la actora, no deben anularse.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “B”, el 18 de octubre de 2007 denegó las pretensiones de la demanda (Fol. 125 a 137), al considerar, que no es posible incluir en la base liquidatoria de las prestaciones sociales, el 30% que a título de prima especial recibía la actora en su calidad de funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, porque dicho rubro no es factor salarial, y, frente a la reliquidación de las cesantías concluye que al no ser una prestación periódica, no es posible agotar la vía gubernativa en cualquier tiempo, razón por la cual, el acto a demandar era el que le liquidaba de manera anual dicho auxilio.

RAZONES DE IMPUGNACIÓN

A folios 151 a 159 la recurrente aclara que en ninguna de las pretensiones de la

demanda se está solicitando el reconocimiento y pago de cesantías sino la nulidad de los actos que le negaron el reconocimiento, inclusión y pago del 30% de prima especial al considerar que no constituía factor salarial. Que dicha pretensión es procedente y encuentra sustento en los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, que han declarado la nulidad de los artículos que le niegan el carácter salarial a dicho porcentaje, al encontrarse que dichas preceptivas son violatorias de los derechos de los trabajadores, e ir en contravía del querer del legislador, que no fue otro que el de otorgar un sobresueldo a favor de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La **demandante** a folios 164 a 169, insiste en el derecho que le asiste a que sus prestaciones sean reliquidadas incluyendo el 30% que como prima especial devengó durante la vigencia de su relación laboral con la entidad, derecho que deviene de la anulación por parte del Consejo de Estado, de los artículos que le quitaban el carácter de factor salarial a dicho porcentaje y que motivó el agotamiento de la vía gubernativa por lo que no puede exigirse como lo hace el Tribunal, que la pretensión de nulidad recaiga sobre los actos que anualmente reconocieron el auxilio de cesantía, lo cual no es posible porque al momento de expedición de los mismos, se encontraba vigente cada uno de los decretos que le restaban el carácter salarial al comentado porcentaje.

Finalmente aduce la recurrente que en aras del principio de favorabilidad y atendiendo a que las cesantías son prestaciones sociales de carácter económico, de orden público, irrenunciable e imprescriptible, ya que hacen parte de la seguridad social de los trabajadores y fueron creadas con la finalidad de garantizar la subsistencia del núcleo familiar para la época en que el trabajador se encuentre cesante, la sentencia debe revocarse para en su lugar disponer la reliquidación en los términos solicitados en la demanda.

La **entidad demandada** a folios 170 a 174, solicita se confirme la decisión impugnada, porque a su juicio, los supuestos jurídicos y fácticos sobre los que se edifica la pretensión anulatoria de los actos demandados, carecen de fundamento y porque dichos actos lo que hacen es dar respuesta a una petición, sin que por ello pueda entenderse que está adoptando una decisión o culminando una actuación

administrativa.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico. ¿Procede la reliquidación del auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales reconocidas y canceladas a la actora, desde 1992 a 2001, por la Fiscalía General de la Nación, incluyendo en la base liquidatoria el 30% que a título de prima especial de servicios percibió durante dicho período?

Aspectos Previos. De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.

Teniendo como base el anterior planteamiento pasará la Sala a analizar lo ocurrido en este caso en particular, en el cual la actora, sometida al régimen salarial y

prestacional previsto en el Decreto 53 de 1993, tenía derecho a que la administración le reconociera y cancelara anualmente el auxilio de cesantía acorde con la normatividad vigente para cada una de las anualidades por las que procedía el reconocimiento, tal y como en efecto ocurrió, según se desprende del contenido fáctico de la demanda. En ese contexto podría concluirse *prima facie*, que frente a los actos de reconocimiento, se configuró la caducidad de la acción de nulidad con restablecimiento, tal y como lo afirma la primera instancia en la sentencia con sustento en la ausencia de controversia frente a los actos anuales de reconocimiento.

Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.

Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 2002¹,, que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Con posterioridad a la sentencia de anulación citada en precedencia, se profirieron en los mismos términos la sentencia del 15 de abril de 2004², que anuló el artículo

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No Interno. 712-2001. Actor. Everardo Venegas Avilan.

8º del Decreto 2743 de 2000; la sentencia del 3 de marzo de 2005³ que anuló los artículos 6º del Decreto 53 de 1993 y 7º de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997; la sentencia del 13 septiembre de 2007⁴ que anuló los artículos 7 y 8 de los Decretos 050 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente, concretándose así la expectativa del derecho que hoy se reclama de incluir el porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones sociales reconocidas por los años 1993 a 2001.

Consecuente con lo anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento.

El anterior argumento no riñe con el carácter de prestación social no periodica, que se le ha otorgado a la cesantía y que para el preciso caso de los funcionarios de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, deviene de su cancelación anual al funcionario vinculado con posterioridad a 1993, o que voluntariamente decidió acogerse al nuevo sistema salarial y prestacional.

En este orden de ideas concluye la Sala que a pesar de ser la cesantía un derecho que se causa anualmente y que como tal tiene el carácter de definitiva, no puede aceptarse que no proceda la revisión de su base liquidatoria, porque, de una parte, existe una situación que puede llegar a favorecer al servidor, y de otra, porque no se presenta el fenómeno de la variación de remuneración del servidor público ya que este porcentaje del 30% se venía percibiendo mensualmente.

Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una 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 para que sea la jurisdicción de lo contencioso

³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. No. Interno. 17021. Actor. Everardo Venegas Avila y otros

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. No. Interno. 0478-2003. Actor. Luz Mireya Amezquita Ballesteros.

administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento.

De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia.

Sobre el tema, en consecuencia, la Sala acoge lo planteado por las sub- Secciones A⁵ y B⁶ cuando han considerado que procede estudio de fondo al haber surgido el derecho al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial.

Marco normativo y jurisprudencial. El Decreto 2699 de 1991⁷ “Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, al que se encuentra sujeta la actora dada su vinculación a la Fiscalía General de la Nación el 16 de Julio de 1992, en cuanto al régimen salarial y prestacional de sus funcionarios, dispuso en el parágrafo 1º del artículo 64 lo que sigue:

“Las personas que se vinculen por primera vez o se acojan a la escala salarial prevista en el artículo 54, solo tendrán derecho al sueldo que corresponda al cargo según la nomenclatura y escala de salarios aquí señalados; no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras especiales que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.

Si por razón de estas primas tuvieran un sueldo superior al que les corresponde en el nuevo cargo, seguirán percibiendo éste hasta su retiro y sobre dicho sueldo se liquidaran los incrementos anuales en el porcentaje que señale la ley.

2. Las actuales fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito y superiores de aduana, y de orden público, pasarán a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente pasaran a la Fiscalía General de la Nación. la dirección nacional y las direcciones seccionales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, y los Juzgados de Instrucción Criminal de la Justicia Ordinaria, de orden público y penal

⁵ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera.

⁶ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

⁷ Modificado por el artículo 1º del Decreto 900 de 1992, y a su vez éste por el artículo 1º del Decreto 052 de 1993.

aduanera.

Para los Jueces municipales la implantación se podrá extender por el término de cuatro años contados a partir de la expedición de la Constitución Nacional. Igualmente se incorporarán los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Medicina Legal del Ministerio de Justicia con sus dependencias seccionales, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, creado por este Decreto.

3. Los funcionarios y empleados mencionados anteriormente, podrán optar por una sola vez, entre el régimen salarial y Prestacional que actualmente tienen o la escala de salarios prevista en el artículo 54 de este estatuto. Dicha opción podrá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la incorporación del funcionario o empleado a la Fiscalía General de la Nación.”

La preceptiva transcrita no hace referencia alguna a la prima especial de servicios, en razón a que la misma fue prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”, en los siguientes términos:

“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 (1) de enero de 1993. (Negrillas fuera del texto)

Nótese que la norma transcrita expresamente excluye de este beneficio a quienes opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación. Esta exclusión fue materia de estudio por esta Corporación, concretamente en sentencia del 14 de febrero de 2002⁸, en la que se precisó:

“...fue voluntad del legislador excluir de ese beneficio al personal de la Fiscalía General de la Nación proveniente de la Rama Judicial que fueron incorporados a ella y que en un principio decidieron conservar el régimen salarial y prestacional que tenían, pero que luego resolvieron cambiar de éste al establecido para esa anualidad -1993- mediante el decreto 53 de 1993.

Empero, la Sala estima que esta excepción cobija también a los servidores de la entidad que por mandato del Artículo 1º del citado decreto, obligatoriamente debían regirse por

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, radicación No. 11001-03-25-000-1999-0031-00 (197-99), decretos del gobierno, actor: EVERARDO VENEGAS AVILÁN.

el sistema salarial en él consagrado, esto es, los que se vinculen a ella con posterioridad a su vigencia.

.....Por consiguiente, dada su discordancia con las disposiciones legales que debía acatar el Gobierno Nacional al establecer el régimen salarial de los servidores públicos a que se contrae la Ley 4ª de 1992 más exactamente por desconocer lo previsto en el Artículo 14 *ibidem*, se impone infirmar la norma enjuiciada”.

Este pronunciamiento como ya se dijo y quedo consignado en el acápite de aspectos previos, ha sido reiterado por la Sala de Sección, en fallos en los cuales se ha declarado la nulidad de la prima especial⁹ contemplada en diferentes decretos desde el año de 1993 a 2002¹⁰, con el argumento que la Ley 4ª de 1992 en su artículo 14, dispuso que el Gobierno Nacional estaba facultado para establecer la prima especial a favor de los servidores allí señalados, pero no respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que optaron por la escala salarial, a partir del 1 de enero de 1993 o que ingresaron a partir de esa fecha a la Institución.

Los fallos de anulación a que se ha hecho referencia, establecen efectos diversos frente al salario de los servidores a los que cubre cada una de las normas anuladas, efectos que tienen incidencia una vez cobren ejecutoria estas decisiones en especial frente a la prescripción de los derechos subjetivos que de ellos puedan derivarse y que por ende se hace necesario clarificar en este momento para desatar el problema jurídico que plantea el aquí demandante. Veamos:

- La sentencia de 14 de febrero de 2002 en la cual se anuló el artículo 7º del Decreto 38 de 1999 precisó que dicha nulidad no implicaba que el salario sufriera modificación o variación alguna.
- La sentencia de 15 de abril de 2004, que declaró la nulidad del artículo 8º del Decreto 2743 de 2000, consideró que el 30% señalado en la norma, constituía un sobresueldo. Esta interpretación se mantuvo al decidir la pretensión de nulidad del artículo 7º del Decreto 685 del 10 de abril de 2002 y se reiteró en la anulación de los artículos 7 del decreto 52 de 1997; 7 del decreto 108 de 1996; 7 del Decreto 49

⁹*Idem*; sentencia 15 de abril de 2004, Rad No. 712-02; sentencia del 3 de marzo de 2005 Exp. 17021, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya F; sentencia de 13 de septiembre de 2007, Exp. No. 0478-03, M.P. Alejandro Ordoñez.

¹⁰ Decreto 53 de 1993, el Decreto 108 de 1994, el Decreto 49 de 1995, el Decreto 108 de 1996, el Decreto 52 de 1997, el Decreto 50 de 1998, el Decreto 038 de 1999, el Decreto 2743 de 2000, los Decretos 1480 y 2729 de 2001 y el Decreto 685 de 2002, entre otros.

de 1995; 7 del decreto 108 de 1994 y 6 del Decreto 53 de 1993¹¹.

- Finalmente en sentencia del 13 de septiembre de 2007, que declaró la nulidad de los artículos 7º y 8º Decretos 50 de 1998 y 2729 de 2001 respectivamente, señaló la Corporación:

“Por su parte el Gobierno Nacional mediante las disposiciones acusadas, no estableció una prima especial sin carácter salarial, sino que dispuso que el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los servidores públicos allí enlistados constituye prima especial de servicios sin carácter salarial, e indicó como sus destinatarios, a aquellos servidores que la Ley había exceptuado expresamente. En las sentencias antes mencionadas, se declaró la nulidad de los preceptos acusados por razones que ahora se reiteran, no obstante en ellas se expusieron conclusiones diversas en los términos ya anotados.

....Es por lo anterior que en esta oportunidad, la Sala en aplicación del reglamento de la Corporación (Art. 14 del Acuerdo 58 de 1999), unifica su criterio en la materia, en los siguientes términos:

....Se advierte igualmente que como consecuencia de la declaración de nulidad de las disposiciones aquí atacadas, no se les reducen sus ingresos mensuales, en razón a que tales normas no habían establecido un “sobresueldo”, como se expresó en la sentencia de 14 de abril de 2004 dictada en el proceso 712-02, actor: EVERARDO VENEGAS AVILAN”.

En este orden de ideas concluye la Sala que, la declaratoria de nulidad de los artículos 7 del Decreto 50/98; 7 del Decreto 38/99 y 8 del Decreto 2729/2001 no afectó los salarios de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, porque en ellos se consideró que no se había contemplado un sobresueldo del 30%, sino que este porcentaje hacía parte del salario, es decir, éste último no se redujo.

Ahora, frente a los efectos propios de las nulidades en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha precisado que los fallos de nulidad producen efectos *“ex tunc”*, es decir, desde el momento en que se profirió, el acto o la norma anulada, esto es, que por tener efectos retroactivos las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, antes de la expedición del acto o antes de la vigencia de la norma anulada, como si no hubiera existido.

Así las cosas, sin lugar a dudas, el restablecimiento deprecado con fundamento en la declaratoria de nulidad de las referidas normas, se producirá para los años en que se estableció que el porcentaje del 30% hacía parte del salario, es decir, para

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Radicado No. 17021-05. Actor Everardo Venegas Avilan.

los años 98, 99 y 2001¹², en el entendido que es salario la remuneración permanente y periódica que percibe el empleado como retribución por sus servicios y que se constituye en la base para efectos de la liquidación prestacional.

Rectificación jurisprudencial. La Sección Segunda ha venido, a través de sus Subsecciones, negando la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de las normas anuales que se citaron en párrafos precedentes y que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo.

Esta negativa será objeto de rectificación y unificación a través de esta decisión, al considerar la Sala que la consecuencia que la anulación de cada una de estas normas genera, no es otra que la de incluir el 30% que a título de prima especial percibían los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor.

La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones” , al considerar que:

“...una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A” sentencia del 30 de octubre de 2008 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. No. Interno 1295-07. Actor. José Eleuterio Ruíz Martínez.

consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “primas” en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente (...) ¹³”.

El precedente citado aunque analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial.

Del caso concreto. Para definir la controversia es necesario establecer si a la

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia del 2 de abril de 2009. No. interno 1831-07. Actor: Luis Esmeldy Patiño López contra el Gobierno Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Administrativo de la Función Pública.

actora durante la vigencia de su relación laboral con la Fiscalía General de la Nación, se le liquidaron en debida forma sus prestaciones sociales, o si la base liquidatoria de las mismas se redujo en el porcentaje del 30% tantas veces citado, para lo cual se transcribirá a continuación el contenido de los actos acusados:

Oficio DSAF-23 018824 del 3 de noviembre de 2004 suscrito por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, a través del cual en respuesta a un derecho de petición le informa a la apoderada de la señora Villescás Sánchez que:

“...El Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 7 del decreto 38 de 1999, según el cual, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los servidores públicos enunciados en la misma disposición, se consideraba como prima especial de servicio sin carácter salarial razón por la cual sólo se reconocerá lo correspondiente al año 1999. La entidad ya efectuó la proyección de la liquidación y solicito con oficio DNA 000166 del 12 de febrero de 2003, a la Dirección General del Presupuesto Nacional, la asignación necesaria para cubrir la obligación que genera el fallo del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2002. Una vez sean dispuestos los recursos presupuestales en la entidad, se estará efectuando la liquidación y se generara nómina adicional para su respectivo pago...” (Fol. 4).

Oficio DSAF 23 020188 del 22 de noviembre de 2004 suscrito por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, informándole a la apoderada de la hoy demandante:

“...me permito reiterarle lo informado en el oficio DSAF 23-018824 del 03/11/04, en el sentido de informarle que esta Dirección Seccional solo reconocerá el 30% como factor salarial de la prima especial de servicio para el año 1999, esto debido a que ninguna autoridad competente se ha pronunciado o ha ordenado a la Fiscalía General de la Nación, reconocimiento alguno por año diferente a 1999. Así mismo, le comunico que mediante Resolución 0-0690 del 25/03/97, en el numeral 2.1.2.3, la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, posee la competencia delegada por el señor Fiscal para dar respuesta a su petición en calidad de ordenadora del gasto, tal como sucedió a través del oficio objeto de este recurso. (Fol. 6).

Resolución No. 000044 del 18 de enero de 2005 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación”, en la cual la Directora Nacional Administrativa y Financiera revocó el acto impugnado y en su lugar negó la reclamación de inclusión para efectos liquidatorios prestacionales, del 30% de prima especial, para el año de 1999. “En lo que corresponde a la solicitud de reliquidación de las prestaciones sociales para las vigencias fiscales diferentes a 1999, la Fiscalía General de la Nación, como quedó dicho, dio cabal aplicación a los decretos salariales expedidos por el Gobierno nacional para cada una de ellas; requiriéndose para su reconocimiento una decisión judicial que conlleve a un restablecimiento patrimonial implícito, que entrañe una obligación expresa, clara y exigible (Fol. 10-14).

De lo que resultó probado en el proceso. La vinculación laboral de la actora con la Fiscalía General de la Nación, desde el 16 de julio de 1992 hasta el 28 de noviembre de 2001, ejerciendo el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, quedó demostrada con la certificación anexa al folio 31 del expediente.

De igual manera se afirma en la demanda y lo certifica la entidad a folios 82 a 92, que la actora percibió mensualmente además de la asignación básica las primas de ascenso, capacitación, antigüedad y navidad en el año de 1992 y los meses de enero y febrero de 1993. Que para los años de 1994 a 2001, mensualmente además de la asignación básica le fue cancelada la prima de servicios, en el mes de julio se le canceló la prima de servicios y en el mes de diciembre vacaciones y las primas de navidad, servicios y vacaciones.

Acorde con lo anterior se precisa que para los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, la actora percibió la denominada prima especial de servicios (Fol. 83-92), que según lo afirma la demanda y lo acepta la entidad no fue incluida en la liquidación de las prestaciones sociales anuales, dado que la norma que fijaba su porcentaje, no le otorgaba la naturaleza de factor salarial.

Aplicando el precedente jurisprudencial al presente asunto, procede la nulidad del acto acusado para en su lugar ordenar a título de restablecimiento del derecho, la inclusión en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas por la actora, en los años 1998, 1999 y 2001 del porcentaje del 30% que a título de prima especial se le cancelaba, dado que para esos años en las sentencias de nulidad se precisó que dicho porcentaje hacía parte del salario y como tal debía incluirse en la base liquidatoria. Asimismo, se ordenará la inclusión de este porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas por la actora en los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, pues quedó demostrado que para esos años percibió este porcentaje y el mismo no fue incluido en la base liquidatoria de sus prestaciones sociales.

Efectuado el reajuste en los términos ordenados, la entidad deberá actualizar los valores que resulten a favor de la actora, aplicando para ello la fórmula que se consignará en la parte resolutive de esta decisión.

Finalmente agrega la Sala que no se configura el fenómeno prescriptivo trienal si en cuenta se tiene que la primera sentencia que decidió anular la expresión “sin carácter salarial” contenida en el artículo 7° del Decreto No. 050 de 1998 fue emitida el 14 de febrero de 2002 y la petición de reconocimiento la elevó la actora el 21 de octubre de 2004 (Fol. 2 a 3).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección “B” el 18 de octubre de 2007, que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Rosmira Villescás Sánchez, y en su lugar se dispone:

Primero. DECLARASE la nulidad de los oficios DSAF-23 0018824 del 3 de noviembre de 2004, DSAF-23 020188 del 22 de noviembre de 2004, y de la Resolución No. 000044 del 18 de enero de 2005 que negaron la inclusión del 30% de la remuneración mensual en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales de la actora para los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Segundo. CONDENASE a título de restablecimiento del derecho, a la Nación – Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar a la señora Rosmira Villescás Sánchez la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 teniendo en cuenta lo devengado mensualmente sin deducir la denominada prima especial de Servicios.

Tercero. ORDENASE la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del C.C.A, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron cada una de las sumas adeudadas).

Cuarto. RECONOCESE personería jurídica para actuar en las presentes diligencias al abogado en ejercicio Héctor Alfonso Carvajal Londoño, en nombre y representación de la demandante, en los términos y para los efectos del memorial poder debidamente conferido y anexo al folio 180 del expediente.

COPIESE Y NOTIFIQUESE. EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO MARÍA VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO