

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

REFERENCIA :	
RADICADO:	05001 33 33 009 2013 00792 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	GERSON AVILES RODRIGUEZ
DEMANDADO:	NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
ASUNTO:	ADMITE
TRÁMITE No.	2047 de 2013

Por reunir los requisitos legales establecidos en los artículos 161 y siguientes del **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011**, **SE ADMITE** la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa, consagrado en el artículo 138 ibídem, instaurada por **GERSON AVILES RODRIGUEZ**, actuando a través de apoderado judicial, en contra de la **NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.

Notifíquese por estados al **demandante** el presente auto admisorio, de conformidad con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese personalmente: al **representante legal de la entidad demandada** o a quien este haya delegado la facultad de recibir notificaciones, al **Ministerio Público**, en este caso al señor Procurador 108 Judicial Delegado ante este Despacho, y a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**; de conformidad con lo establecido en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso.

Se correrá traslado de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la parte demandada, al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de **treinta (30) días**. Este plazo comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días**, después de surtida la última notificación personal. (Artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el 612 del Código Procesal General).

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los gastos que demanda el proceso,

por ahora, son los relacionados con la remisión a las partes demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de la copia de la demanda, anexos y auto admisorio a través del servicio postal autorizado, como lo ordena el inciso 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el 612 del Código General del Proceso.

En consecuencia, la parte actora deberá consignar en la cuenta de este Juzgado No **41331000203 – 0 del Banco Agrario**, la suma de **TRECE MIL PESOS (\$13.000)**. Para el efecto, cuenta con un término de **treinta (30) días** a partir de la notificación por estados de esta providencia. Se precisa que la notificación por correo electrónico, puede surtirse solo cuando la parte actora acredite el pago de los gastos del proceso, en razón a que inmediatamente efectuadas las notificaciones, se deberán remitir por servicio postal los documentos citados en el párrafo anterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las partes demandadas deberán con la contestación de la demanda, aportar las pruebas que tengan en su poder, las que pretendan hacer valer en el proceso, los dictámenes periciales que considere necesarios.

La parte actora deberá aportar original y dos (2) copias del recibo de consignación de los gastos de notificación y copia del presente auto admisorio para cada uno de los traslados.

Se reconoce personería al abogado JORGE ANTONIO CAVIEDES VANEGAS de conformidad con el poder que obra a folio 1 del expediente.

NOTIFÍQUESE

FRANCY ELENA RAMIREZ HENAO

JUEZ

Jjes

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**

CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.

Medellín, _____. Fijado a las 8 a.m.

Secretaria

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION
– Sentencia de nulidad. Efecto en relación con la cesantía / CESANTIAS –
Prestación periódica / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO –
Caducidad. Sentencia de nulidad. Efectos en relación con las cesantías

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 determina 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 general, 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 al encontrarlo aplicable a su situación 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 configuro 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. Con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de la expresión “sin carácter salarial” contenida en cada una de las normas que regulaban el salario y las prestaciones de los empleados de la fiscalía, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la entidad empleadora, 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 que ha venido manejando la Sección en casos similares y en los 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 134

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS EN LA RAMA JUDICIAL – No es factor salarial / PRESTACIONES SOCIALES – Reajuste. Prima especial de servicios

Ha sido reiterativa esta Corporación en negar la inclusión de este porcentaje para efectos liquidatorios de derechos prestacionales de los funcionarios judiciales a los que están dirigidas las normas que el actor enlista como vulneradas por indebida interpretación, al considerar que: "... aunque un pago sea de naturaleza salarial, por tener un propósito meramente retributivo, constituir un ingreso personal del funcionario y ser habitual, bien puede ser excluido por una norma de derecho positivo de la base de liquidación de ciertos derechos prestacionales, así como también puede una disposición incluir en esa base ingresos que no tienen naturaleza salarial. (...)": En cuanto a la aplicación del fallo del Consejo de Estado en el que la peticionaria sustenta su reclamación, dice la administración que si bien es cierto en dicha providencia se anuló el artículo 7º del Decreto 38 de 1999, ésta disposición le resulta aplicable únicamente a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y no a los servidores de la Rama Judicial, toda vez que el régimen salarial de estos últimos lo previó el legislador en los Decretos números 044 de 1999, 2740 de 2000, 2777 de 2001 y 673 de 2002, que al gozar de presunción de legalidad son de obligatorio cumplimiento. La liquidación de los derechos prestacionales sin incluir el 30% de la remuneración mensual, también es una afirmación de la demanda que es corroborada por la entidad en los actos materia de impugnación y en el escrito de contestación. Negativa que se sustenta en la naturaleza no salarial de la prima especial a voces del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y que se mantiene en los decretos anuales que el gobierno ha expedido para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, y que, como quedó visto al estudiarse la legalidad de esta expresión "sin carácter salarial", fueron expedidos dentro del marco legal de competencias. En efecto, en los apartes de la sentencia transcrita esta Corporación determinó el alcance de la expresión contenida en el artículo 7º del Decreto 57 de 1993 reproducida en los decretos que se expidieron con posterioridad, entendiendo que el 30% de la asignación básica mensual corresponde a la prima que ordenó crear el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 lo que conduce a concluir que las consideraciones de la demandante no tienen fundamento. Este porcentaje como se precisó, por voluntad del legislador, no constituye factor salarial por lo que, las prestaciones sociales devengadas por la actora, tales como vacaciones, primas de servicios y de navidad, se liquidaron en debida forma, sobre el 70% que sí tiene carácter salarial.

NOTA DE RELATORIA: En el presente caso, solicita reliquidación de prestaciones sociales un funcionario de la Rama Judicial con fundamento a la nulidad de actos administrativos aplicables a la fiscalía General de la Nación únicamente

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 14 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 19

NOTA DE RELATORIA: Sobre el carácter no salarial de la prima especial de servicios y su no inclusión para efectos prestacionales, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 9 de marzo de 2006, Rad. 2003-00057, M.P., Alejandro Ordóñez Maldonado: sentencia de 20 de septiembre de 2007, rad.

2001-1481, m. p., Alfonso Vargas Rincón; sentencia de 6 de agosto de 2008, Rad 2001-2922, M.P., Jesús María Lemos Bustamante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010).

Radicación número: 41001-23-31-000-2003-00875-01(1537-08)

Actor: MARIA NORY POLANCO DE RAMOS

Demandado: DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE NEIVA

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que denegó las pretensiones, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 14 de marzo de 2008.

ANTECEDENTES

La demanda (Fol. 5 a 23). La señora **Maria Nory Polanco de Ramos** acude ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C. C. A., solicitando:

1. La inaplicación de los artículos 6º de los Decretos 57/93, 106/94, 36/96, 76/97, 64/98, 44/99, 673/02; 7º de los Decretos 43/95, 2740/00, 1475/01, en cuando establecieron cada año una prima especial no salarial equivalente al 30% de la remuneración básica mensual.
2. La nulidad de la Resolución No. 20 del 24 de febrero de 2003 expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Neiva y de la Resolución No. 1799 del 11 de abril de 2003 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a través de las cuales se le negó la devolución del 30% de su remuneración mensual que le fuera descontada durante los

años 1993 a 2003 a título de prima especial de servicios sin carácter salarial, afectándole sus prestaciones sociales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita la demandante, se condene a la entidad reintegrarle la diferencia entre el valor pagado y el que realmente le corresponde sobre sus prestaciones y auxilio de cesantías desde el año de 1993 hasta el año 2003, y se le ordene continuar liquidando sus prestaciones desde el año 2003 teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual; indexarle los valores adeudados y reconocerle intereses desde el 1º de enero de 1993 hasta su pago total; y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamentos fácticos relata la actora su vinculación con la Rama Judicial en el año de 1978, desempeñándose actualmente como Juez Primero Civil del Circuito de Neiva y acogida al régimen salarial y prestacional contenido en los Decretos 51 de 1993, 57 de 1993 y 110 de 1993 en virtud del cual se le liquidaron anualmente sus prestaciones, pero no sobre el 100% de su remuneración mensual, sino sobre el 70% al considerarse que el 30% restante constituye prima especial no salarial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas enlista la demanda: los artículos 4, 13, 25, 48, 53, 58, 215.9 y 256.7 constitucionales; artículos 2 literal a) y 14 de la Ley 4 de 1992; 152 numeral 7 de la Ley 270 de 1997; 24, 32, 35 del Decreto 546 de 1971; 9 del Decreto 603 de 1977; 8º del Decreto 244 de 1981; 2º del Decreto 1726 de 1973; 32 del Decreto 1045 de 1978; 58 del Decreto 1042 de 1978; 39 del Decreto 318 de 1968; 12 del Decreto 057 de 1993; 10 del Decreto 106 de 1994; 11 del Decreto 43 de 1995; 13 del Decreto 36 de 44 de 1999; 14 del Decreto 2740 de 2000; 14 del Decreto 1745 de 2001 y 13 del Decreto 673 de 2002.

Violación del régimen salarial opcional nuevo que no contempla la deducción del 30%. Dice el demandante que coexistiendo dos regímenes salariales para los empleados judiciales, se hace necesario precisar para el caso, cuáles son sus diferencias, las que concreta en el aspecto cualitativo ya que en el nuevo régimen se extinguen algunas prestaciones; y en aspecto cuantitativo, que cobija dos situaciones, una relacionada con la remuneración mensual que es muy superior en el nuevo y otra, en la denominada prima especial no salarial equivalente al 30% creada según el contenido del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los servidores que no se acogieron a las nuevas disposiciones salariales.

De esta manera considera, la demandante, que la creación que de la prima especial se hace en el artículo 6º del Decreto 57/93, desborda la autorización del artículo 14 de la Ley 4/92, en cuanto dicha prima es un valor positivo que suma en un 30% a la remuneración mensual sin que al final tenga efectos salariales.

Aduce vulneración del derecho a la igualdad entre jueces y fiscales que se encuentran en la misma categoría, puesto que, teniendo remuneración equivalente no puede aplicarse el descuento del valor de la prima, en la base liquidatoria de prestaciones, para unos y para otros no.

Violación del régimen de reconocimiento y liquidación de las prestaciones sociales. Porque el funcionario que optó por el nuevo régimen salarial, según lo dispuso el artículo 12 del Decreto 57/93, siguen rigiendo las primas de servicios, de vacaciones, de navidad en los términos de las normas vigentes y que mantuvieron sin modificación la base liquidatoria constituida por la remuneración mensual que anualmente fije el gobierno, razón por la cual no puede la administración reducir esta base liquidatoria en un 30%.

Agrega que para restablecer el orden jurídico se deben inaplicar cada uno de los artículos citados que permitieron que la base liquidatoria salarial se redujera en un 30%, y en su lugar aplicar de manera preferente el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 que no contempla ninguna deducción como prima del 30% sobre la remuneración mensual de la actora.

CONTESTACION A LA DEMANDA

La entidad demandada en escrito anexo a los folios 61 a 69, se opone a la prosperidad de las pretensiones. Señala que acorde con la Ley 4 de 1992 la prima especial no constituye factor salarial y tampoco es una prestación social, dado que su carácter es el de bonificación especial.

Como excepciones propone: 1) “Caducidad” porque los actos que liquidaron y cancelaron las cesantías le otorgaron al 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) “Prescripción” generada por el transcurso de más de diez años sin

reclamar los derechos laborales que ahora reviviendo términos pretende le sean reconocidos; 3) “Innominada”, que se encuentre probada y que acorde con el artículo 164.2 del C.C.A. deberá declarar el juez de oficio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila –Sala Tercera de Decisión-, el 14 de marzo de 2008 denegó las pretensiones de la demanda (Fol. 105-127), no sin antes advertir que las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa y caducidad, no se configuraban debido a que no sólo se cuestiona la liquidación de las cesantías, sino el de otra serie de prestaciones y derechos salariales frente a los cuales procedía estudio de fondo.

Luego de fijar el marco normativo y jurisprudencial aplicable a la controversia, concluyó el Tribunal que la prima especial equivalente al 30% de la remuneración mensual del servidor judicial, no tiene carácter salarial y por ende no puede incluirse en la base liquidatoria de las prestaciones sociales, excepto para la pensión de jubilación.

RAZONES DE IMPUGNACIÓN

A folios 120 a 131 el impugnante argumenta que la demandante nunca percibió el porcentaje adicional del 30% y por tanto se cometió una irregularidad al deducirle este 30% del valor mensual de su remuneración. Dice que como la actora optó por la escala salarial nueva, no tiene derecho a la prima del 30% y por tanto resulta inexplicable que al momento de liquidarle sus prestaciones éstas se calculen con el salario menos el 30%, es decir que la entidad indebidamente fracciona el salario básico en dos rubros –sueldo y prima especial-. Cita como apoyo de su argumento reciente sentencia del Consejo de Estado en la cual se precisó que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que optaron por la nueva escala de salarios, quedaban excluidos por expreso mandato del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, del reconocimiento de la prima especial. Concluye afirmando que como el régimen salarial de la actora corresponde a la nueva tabla salarial de la Fiscalía y no percibió el porcentaje del 30% como adicional a su salario, no puede reducirse la base liquidatoria para sus prestaciones.

En punto a la caducidad de la acción para controvertir la legalidad de los actos que reconocieron anualmente las cesantías, dice que, como la administración no le ha negado el derecho, procede demandarlos en cualquier tiempo al tenor de lo

previsto en el artículo 136.2 del C.C.A., dado que se trata de una prestación periódica.

Concepto del Ministerio Público. A folios 146 a 153, el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, manifiesta que declarada la legalidad de los artículos 6º del Decreto 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, sólo era dable al actor demostrar que el porcentaje del 30% le fue aplicado de manera incorrecta, y como ello no ocurrió, la sentencia debe confirmarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema Jurídico. Deberá la Sala determinar si el 30% que a título de prima especial de servicios se cancela a la actora, constituye factor salarial que como tal, debió incluirse en la liquidación de las prestaciones sociales reconocidas a partir de enero de 1993.

En caso afirmativo, si debe ordenarse a la administración judicial reintegrar a la actora este porcentaje reliquidando las prestaciones sociales que le fueron reconocidas y pagadas desde el año de 1993 al 2002, y si deben continuar liquidándose la prima de vacaciones, de servicios, de navidad, el auxilio de cesantías y demás emolumentos prestacionales, por los años subsiguientes, tomando como base liquidatoria el 100% de la remuneración mensual sin descontar el 30% de la denominada prima especial.

Aspectos procesales: La caducidad. El Tribunal aunque no lo declaró en la parte resolutive, consideró que frente al reclamo de la reliquidación de los valores reconocidos a título de cesantías, operó la caducidad debido a que los actos de reconocimiento adquirieron firmeza, y por tanto no es posible que una nueva petición de reliquidación del referido auxilio, tenga la virtud de revivir el término para acudir a la jurisdicción contenciosa.

Por su parte el impugnante considera que como se trata de una prestación periódica que fue reconocida más no negada, el término de caducidad le resulta inaplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 136.2 del C. C. A.

Frente a este último argumento la Sala encuentra necesario precisar en primer término que 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 determina 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 general, 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 al encontrarlo aplicable a su situación 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 configuro 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.

Ocorre 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 la expresión “sin carácter salarial” contenida en cada una de las normas que regulaban el salario y las prestaciones de los empleados de la fiscalía, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la entidad empleadora, 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.

Con posterioridad a la sentencia de anulación citada en precedencia, se profirió en los mismos términos la sentencia del 13 de septiembre de 2007 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 a la actora por los años 1998 y 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 y de la Rama Judicial, 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 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 pueda, en este preciso caso, revisarse 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 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 que ha venido manejando la Sección en casos similares y en los 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.

Marco normativo y jurisprudencial. El rubro que a título de prima especial de servicios se cancela a algunos funcionarios de la Rama Judicial, fue previsto 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.

La exclusión de este porcentaje como factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996 en la cual concluyó:

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

El legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional...”¹

El referido porcentaje lo fijó el Gobierno Nacional anualmente en los decretos expedidos para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público. Dicho porcentaje según mandato expreso de la Ley 332 de diciembre 19 de 1996, constituye factor salarial pero únicamente para efectos de liquidación de la pensión de jubilación

A su turno esta Corporación al decidir en forma desfavorable la demanda de simple nulidad interpuesta contra la expresión “sin carácter salarial” contenida en el artículo 6º de los Decretos que fijaron el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Rama Judicial, números 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 673 de 2002, precisó:

¹ La Corte Constitucional mediante sentencia C-279 de junio 24 de 1996, declaró exequible tal disposición reafirmando su carácter no salarial.

“...Conforme a lo expuesto, se infiere que el Gobierno Nacional en los apartes de los actos acusados², **no desbordó la pauta señalada en la Ley Marco**, porque su actividad únicamente se limitó, en concordancia con la norma que la autorizó, a señalar **el porcentaje a título de prima** dentro de la escala porcentual señalada por el legislador y en ese orden, estimó que por este concepto el 30% de la asignación básica tendría esta connotación.

En virtud de lo anterior, es desatinada la afirmación de la parte actora al esbozar que en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se **CREÓ** una prima **ADICIONAL** a la asignación básica y al señalar que el Gobierno Nacional obvió atender este cometido **cuando le imputó a una parte del salario el carácter de prima**, porque como se indicó, la interpretación textual del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 no permite llegar al aserto 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**.

Se concluye que el espíritu de la Ley 4ª de 1992 y al cual se acogió de manera fidedigna el Gobierno Nacional en los apartes de los actos acusados, 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 jurídicas³.

Ha sido reiterativa esta Corporación en negar la inclusión de este porcentaje para efectos liquidatorios de derechos prestacionales de los funcionarios judiciales a los que están dirigidas las normas que el actor enlista como vulneradas por indebida interpretación, al considerar que:

“... aunque un pago sea de naturaleza salarial, por tener un propósito meramente retributivo, constituir un ingreso personal del funcionario y ser habitual, bien puede ser excluido por una norma de derecho positivo de la base de liquidación de ciertos derechos prestacionales, así como también puede una disposición incluir en esa base ingresos que no tienen naturaleza salarial. (...)”:⁴

² Artículo 6º del Decreto Nro. 57 de 1993: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, se considerará como prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar.”. El mismo texto, se encuentra incorporado en el artículo 6º del Decreto Nro. 106 de 1994 y a partir de dicha norma se agregan los coordinadores de juzgado regional-; en el artículo 7º del Decreto 43 de 1995; en el artículo 6º del Decreto Nro. 36 de 1996; en el artículo 6º del Decreto 76 de 1997; en el artículo 6º del Decreto Nro. 64 de 1998; en el artículo 6º del Decreto Nro. 44 de 1999; en el artículo 7º del Decreto 2740 de 2000; en el artículo 7º del Decreto 2720 de 2001 y en el artículo 6º del Decreto Nro. 0673 de 2002.

³ Sección Segunda. C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 9 de marzo de 2006. Exp. No. 11001-03-25-000-2003-00057-01. Actor. Nelson Orlando Rodríguez Gamán y otros.

⁴ Sentencia del 20 de septiembre de 2007. C.P. Alfonso Vargas Rincón. Exp. No. 760012331000200101481 01n Actor: Donato Rey Mora. Sentencia del 6 de Agosto de 2008. C.P. Jesús María Lemus Bustamante__Exp. 760012331000200102922 01 Actora. Leonor Obando Rojas.

De la petición en sede administrativa. Radicada el 20 de agosto de 2003 (Fol. 31), solicitando la hoy actora, que conforme al fallo del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2002 que anuló el artículo 7º del Decreto No. 38 del 8 de enero de 1999, le sean reintegradas las sumas de dinero descontadas del salario durante los años 1993 al 2002, en cuantía del 30% a título de prima especial sin carácter salarial y que afectó las primas de navidad, servicios, vacaciones y cesantías.

Del contenido de los actos acusados: Resolución No. 20 del 24 de febrero de 2003 “Por medio de la cual se resuelve una petición”: en este acto la administración decide negar la solicitud de reintegro de las sumas descontadas de los salarios durante las vigencias 1993 a 2002 por considerar que el porcentaje cancelado a título de prima especial, no constituye factor salarial. La negativa se sustenta por la administración así:

“...por mandato expreso de la Ley 4 de 1992, artículo 14, la prima especial de servicios no tiene carácter salarial, situación reiterada en los Decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma. (...) Que las sentencias o fallos recaídos en acción de nulidad solamente produce efectos inter partes Decreto 01 de 1984 Artículo 175 inciso 3º), es decir, favorece a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido la declaración a su favor y el fallo en cuestión en su parte resolutive taxativamente enumera cuales son los servidores públicos beneficiados con la decisión, el cual no incluye a los servidores de la Rama Judicial, en consecuencia no se le pueden dar alcances interpretativos. (...) no es procedente para la autoridad administrativa ordenar el pago de las sumas solicitadas...” (Fol. 24).

Resolución No. 1799 del 11 de abril de 2003 que al desatar el recurso de apelación en vía gubernativa, decidió confirmar la negativa al reintegro de los valores solicitados por la peticionaria, sustentado en la Ley 4 de 1992, concretamente en el artículo 14 que consagra que esta prima especial de servicios no tiene carácter salarial, carácter que fue reiterado en los posteriores decretos anuales aplicables a los servidores judiciales.

En cuanto a la aplicación del fallo del Consejo de Estado en el que la peticionaria sustenta su reclamación, dice la administración que si bien es cierto en dicha providencia se anuló el artículo 7º del Decreto 38 de 1999, ésta disposición le resulta aplicable únicamente a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y no a los servidores de la Rama Judicial, toda vez que el régimen salarial de estos últimos lo previó el legislador en los Decretos números 044 de 1999, 2740 de 2000, 2777 de 2001 y 673 de 2002, que al gozar de presunción de legalidad son de obligatorio cumplimiento.

Análisis de los cargos y de las pruebas. La competencia de esta instancia gira en torno a la interpretación que la entidad efectuó de las disposiciones que regularon el salario para los años 1993 al 2002, concluyendo que el 30% de la asignación mensual que a título de prima especial le era reconocida en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

De lo probado. Se afirma en la demanda que la actora se encuentra vinculada a la Rama Judicial desde el 6 de marzo de 1978 y que en la actualidad desempeña el cargo de Juez Primero Civil del Circuito de Neiva (Huila). Este hecho fue aceptado por la entidad y se demostró con la certificación anexa a los folios 34 a 37 del expediente.

Se demostró también con los documentos anexos a los folios 37 y 38 del expediente que la actora se acogió al régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 57 de 1993.

En cuanto a la liquidación de los derechos prestacionales sin incluir el 30% de la remuneración mensual, también es una afirmación de la demanda que es corroborada por la entidad en los actos materia de impugnación y en el escrito de contestación. Negativa que se sustenta en la naturaleza no salarial de la prima especial a voces del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y que se mantiene en los decretos anuales que el gobierno ha expedido para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, y que, como quedó visto al estudiarse la legalidad de esta expresión “sin carácter salarial”, fueron expedidos dentro del marco legal de competencias.

En efecto, en los apartes de la sentencia transcrita esta Corporación determinó el alcance de la expresión contenida en el artículo 7º del Decreto 57 de 1993 reproducida en los decretos que se expidieron con posterioridad, entendiendo que el 30% de la asignación básica mensual corresponde a la prima que ordenó crear el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 lo que conduce a concluir que las consideraciones de la demandante no tienen fundamento. Este porcentaje como se precisó, por voluntad del legislador, no constituye factor salarial por lo que, las prestaciones sociales devengadas por la actora, tales como vacaciones, primas de servicios y de navidad, se liquidaron en debida forma, sobre el 70% que sí tiene carácter salarial.

Finalmente, y en lo referente a la aplicación del régimen salarial de la Fiscalía a la situación laboral de la actora en su carácter de funcionaria judicial, esta petición resulta improcedente dado que, el legislador previó en forma separada el régimen salarial para los funcionarios y empleados vinculados a cada uno de estos entes, Fiscalía y Rama Judicial.

Tampoco es procedente aplicar para este evento la sentencia en la que la actora funda su pretensión y sustenta la impugnación, porque el cargo que desempeña al interior de la Rama Judicial no se encuentra enlistado en el artículo 7º del Decreto 38 de enero de 1999 anulado.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 14 de marzo de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto negó las pretensiones de la demanda instaurada por María Nory Polanco de Ramos contra la Nación – Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura.

**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.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ