

207

228



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

**Radicación N°: 25000 23 25 000 2005 06226 01 (0697-08)**

**Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.**

**Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda, incoada por la señora Nohora Gabriela Caro Caro contra la Fiscalía General de la Nación.

#### **LA DEMANDA**

Mediante apoderada, la señora Nohora Gabriela Caro Caro, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encaminada a obtener la nulidad del Oficio DSAF -23- 018642 de 2 de noviembre de 2004, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación, resolvió el derecho de petición presentado el 22 de octubre de 2004 con radicado N°. 016308; de la Resolución DESAF 23 020181 de 22 de noviembre de 2204,

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

proferida por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Oficio DSAF23-08642 de 2 de noviembre de 2004, en el sentido de negar el pago de las cesantías del 30% de prima especial como factor salarial para su liquidación.

A título de restablecimiento solicitó se ordene a la Fiscalía General de la Nación al pago de las prestaciones sociales adeudadas a la actora como Fiscal Seccional Unidad de Patrimonio Económico, Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Distrito adscritos a la Dirección Seccional de las Fiscalías de Bogotá, por el equivalente al 30% desde el 1° de julio de 1992 y en adelante con todas sus consecuencias jurídicas; a que las condenas que se realicen dentro del presente proceso sean conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A., y a que dichas sumas sean actualizadas atendiendo la variación del índice de precios al consumidor, conforme lo establezca el DANE o la entidad que tenga a su cargo esta actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones, la señora Nohora Gabriela Caro Caro, expuso los siguientes hechos:

Que desde el 1° de julio de 1992, viene prestando sus servicios a la Fiscalía General de la Nación de forma ininterrumpida, que en la actualidad desempeña el cargo de Fiscal Seccional en la Unidad de Patrimonio Económico, Delegada ante los Jueces Penales Adscritos a la Dirección Seccional de Fiscalías.

Que por disposición de las normas proferidas en el periodo de transición de los funcionarios de la Rama Judicial a la Fiscalía General de la Nación y en virtud, igualmente de la creación del nuevo régimen privado de fondos de cesantías y pensiones, se dispuso la liquidación anual de cesantías por parte de la Entidad, para ser enviadas al fondo elegido por la funcionaria.

Que la Fiscalía liquidó las cesantías correspondientes a la demandante por los servicios prestados desde el 1° de julio de 1992 y en

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

adelante, sin reconocer o tener en cuenta como factor especial la prima especial, que es del 30%, cuando dicha suma es recibida de carácter permanente y constituye factor salarial conforme a lo dispuesto por la Ley 4 de 1992 y los Decretos números 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.

#### **DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Invocó como violados: Inciso tercero del artículo 12, artículo 3° del Decreto 053 de 7 de enero de 1993, artículos 23 y 25 de la Constitucional, Decreto 717 de 1978, principalmente.

Señaló que el Decreto 053 de 1993, fue expedido por el Gobierno Nacional con el fin de desmontar el sistema de liquidación retroactivo de las cesantías de los servidores de la Fiscalía General de la Nación y acabar la "prima de antigüedad".

Manifestó que cuando este artículo habla de la nueva remuneración se esta refiriendo al 100% de lo que se debe pagar mensualmente al servidor que es la suma con la cual se liquidarían las prestaciones sociales; que en consecuencia, al negarse el pago del 30% por considerar que esta proporción de la remuneración constituye factor salarial, se violó la normatividad invocada.

Afirmó que debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad que ampara los derechos laborales de cualquier servidor público o privado, premisa que encuentra su soporte en el artículo 53 de la Constitución Política.

Concluyó que al negarse el reconocimiento y pago de las cesantías referidas como una contraprestación a los servicios prestados por un funcionario se incurre en violación de normas constitucionales que garantizan el derecho al

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fiscalía General de la Nación dio respuesta al libelo, oponiéndose a las pretensiones del mismo, con los siguientes argumentos:

Señaló que la entidad demandada ha liquidado los salarios y prestaciones de la demandante siguiendo los lineamientos legales y constitucionales, teniendo en cuenta que la disposición que excluye del salario la prima especial del 30% ha sido fijada por el Gobierno Nacional en estricto uso de las facultades conferidas por la Ley 4ta de 1992.

Manifestó que tanto la Ley 4ta de 1992 como los decretos expedidos con fundamento en ella regulan los salarios de los trabajadores de la Fiscalía General de la Nación, estableciendo claramente que el 30% de la asignación básica no tenía la connotación de factor salarial, por lo que mal podría incluirse dicho porcentaje para liquidar cesantías y prestaciones sociales.

Afirmó que no se puede desconocer que el artículo 7° del Decreto 038 de 1999 y el artículo 8° del Decreto 2729 de 2001, los cuales exceptuaron el 30% del salario básico del factor salarial para cada año respectivo, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencias del 14 de febrero de 2002 y 25 de noviembre de 2004, respectivamente.

Que los decretos del Gobierno Nacional que han fijado el régimen salarial y prestacional de sus servidores, han preceptuado que ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional fijado, conforme al artículo 10° de la Ley 4 de 1992, a menos que carezca de efectos y no cree derechos adquiridos.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Que mal puede la Fiscalía General de la Nación reliquidar prestaciones sociales causadas durante los años 1993 a 2000, mientras los decretos que consagran la prima especial del 30% no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa, excepto los fallos del Consejo de Estado mencionados.

### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", mediante providencia de 22 de noviembre de 2007, denegó las pretensiones de la demanda.

Precisó que el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad otorgada por el legislador, ha venido fijando desde 1993 el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, dentro del cual se resalta la prima especial equivalente al 30% del salario básico, la cual no constituye salario, excepto para liquidar la pensión de jubilación, y la liquidación anual de las cesantías para quienes se vincularen con posterioridad al 7 de enero de 1993, fecha de entrada en vigencia del Decreto 053 de 1993, o que siendo anteriores, decidan libremente acogerse al mismo.

Que aunque en principio, la demandante no se sometía al régimen fijado para los servidores de la Fiscalía General por cuanto ingresó antes de la entrada en vigencia del Decreto 053 de 1993, es decir, antes del 7 de enero de 1993, voluntariamente decidió acogerse a tal régimen, motivo por el cual la entidad demandada le liquidó sus cesantías causadas hasta 31 de diciembre de 1992 y así anualmente a través de las resoluciones anteriormente mencionadas, las cuales fueron notificadas personalmente a la libelista.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actr: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Precisó que como los actos de liquidación de cesantías de cada periodo quedaron en firme y éstas ya fueron pagadas, las pretensiones de la demanda tendientes a una nueva liquidación de prestaciones desde 1993, con la inclusión de la prima especial, no pueden prosperar, bien porque mediante la petición intentada no puede la demandante revivir los términos para accionar en esta jurisdicción contra la liquidación anual de cesantías que nunca impugnó, y también, habida consideración al hecho que la prima especial no es factor que incremente la base salarial de liquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales, sino únicamente para la pensión de jubilación, en los términos legales, cuya norma no ha desaparecido del ordenamiento.

Afirmó en cuanto al argumento respecto de que la prima especial constituye salario por cuanto fue percibida de manera habitual, reitera que si bien es cierto la jurisprudencia ha aceptado que es factor de salario todo lo que habitualmente devenga el trabajador como contraprestación a su servicio prestado, y en tal concepto, se quiere encajar dicha prima especial, también lo es que el mismo legislador se ha encargado de precisar cuáles de los emolumentos o factores salariales, se computan para prestaciones sociales y cuáles para pensión de jubilación, dado que el hecho de que determinado emolumento sea contraprestación al servicio, no por tal carácter incrementa la base de liquidación de las prestaciones, cuyo contenido se nutre de aquellos factores taxativamente dispuestos en la Ley.

Concluyó que la negativa de incluir la prima especial de servicios en la liquidación de ciertas prestaciones como las cesantías y primas, en estricto sentido, no es porque no tenga el carácter de salario, sino aunque teniéndolo, el legislador no lo incluyó como factor de liquidación y sólo lo consagró como integrante de la base de liquidación de la pensión.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

### EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló oportunamente la sentencia de 22 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Manifestó que en ningún momento esta solicitando el reconocimiento y pago de las cesantías, sino la nulidad de los actos administrativos objeto de impugnación, que negaron el reconocimiento y pago del 30% de prima especial, por considerar que no tiene carácter salarial y como consecuencia del reconocimiento de tal carácter sea reconocido ese porcentaje, es decir, el del 30% tanto en las cesantías como en las demás prestaciones sociales a las que tiene derecho.

Precisó que la anterior solicitud la realiza con fundamento en diversas jurisprudencias del Consejo de Estado que han declarado la nulidad de los artículos que señalan que el 30% de prima especial es sin carácter salarial, por considerar que son violatorios de los derechos de los trabajadores, además de ir en contra de lo que en realidad quería el legislador, que no era otra cosa que crear una prima como un "sobresueldo" para los Funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación, y no como una reducción del sueldo, como fue establecido en cada decreto anualmente con el 30% de prima especial sin carácter salarial, toda vez que va en detrimento de los derechos laborales de dichos trabajadores y no constituye ninguna ayuda a los mismos.

Que la decisión tomada por el a quo, va en contravía de los derechos perseguidos por el actor, pues partiendo de la base del contexto legal que todo emolumento que sea cancelado periódicamente a un trabajador constituye factor salarial, tendremos que el 30% de prima especial debe constituirse como factor salarial, toda vez que éste se cancela en forma periódica por lo cual debe otorgársele la condición de factor salarial y en consecuencia debe tenerse en

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

cuenta al momento de la liquidación de las prestaciones sociales y el reconocimiento de la pensión.

Que negar el reconocimiento y pago de la referida contraprestación a los servicios prestados por un funcionario, vulnera normas de carácter constitucional que garantizan el derecho a recibir un salario digno y sus prestaciones sociales, tales como las consagradas en los artículos 2° y 25 de la Constitución de 1991; que establece la obligación de las autoridades de velar por los derechos y garantías de los ciudadanos.

Que el *a quo* no puede pretender exigir que la nulidad de los actos administrativos recaiga sobre aquellos mediante los cuales la administración reconoció las cesantías parciales y definitivas, por cuanto al momento de la expedición de dichos actos se encontraba vigente la frase de que el 30% de la prima especial era sin carácter salarial, pero esta posición ha ido variando y esta frase ha perdido su valor, al punto de haberse declarado la nulidad del artículo en cada decreto salarial que la contenía; Luego entonces tiene validez pretender que sea reconocido y pagado el 30% de prima especial que la ley establecía sin carácter salarial, por cuanto ahora si es de carácter salarial, por lo que debe ser reconocido para cada uno de los funcionarios a los que la misma ley daba su negativa.

Por lo anterior considera que los funcionarios que se vieron afectados durante muchos años por la normatividad en cuanto a que el 30% de la prima especial no tenía carácter salarial y así lo respetaron, hoy día quieren que les sea reconocido, están en todo su derecho, por cuanto esos artículos de cada uno de los decretos que contenían esa frase fueron declarados nulos.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

### Problema jurídico

En el presente caso se trata de establecer si la prima especial equivalente al 30% de la asignación mensual es o no factor salarial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y en consecuencia, determinar si la demandante tiene derecho a que sus prestaciones se reajusten con la inclusión del porcentaje señalado.

Para llegar a una conclusión respecto del conflicto planteado se revisarán los antecedentes legales y jurisprudenciales de la prima especial, el efecto de las nulidades y el caso concreto.

### Antecedentes normativos y jurisprudenciales

El Decreto 2699 de 1991<sup>1</sup> "Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", al que se encuentra sujeto la peticionaria dada su vinculación a la Fiscalía General de la Nación el 1° de julio de 1992 (ver folio 2), en cuanto al régimen salarial y prestacional de sus funcionarios, en el párrafo 1° del artículo 64, dispuso:

"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 estuvieran percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.

<sup>1</sup> Modificado por el artículo 1° del Decreto 900 de 1992, y a su vez éste por el artículo 1° del Decreto 052 de 1993.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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. 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 aduanera.

Para los jueces municipales la implantación se podrá extender por el término de cuatro años 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 de la Fiscalía General de la Nación”

La norma anterior 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 4ta de 1992 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación de 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 del 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 Peral 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 de texto)

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La preceptiva transcrita expresamente excluye de este beneficio a quienes opten por le escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, exclusión ésta que fue materia de estudio por el Consejo de Estado, concretamente en sentencia del 14 de febrero de 2002, en la que se precisó:<sup>2</sup>

“...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 principio decidieron conservar el régimen salarial y prestacional que tenían, pero que luego resolvieron cambiar de éste al establecido para esta 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 1° del citado decreto, obligatoriamente debían regirse por 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 4ta de 1992 más exactamente por desconocer lo previsto en el artículo 14 ibidem, se impone infirmar la norma enjuiciada.”

Este pronunciamiento ha sido reiterado por la Sala de Sección, en fallos en los cuales se ha declarado la nulidad de la prima especial<sup>3</sup> contemplada en diferentes decretos desde el año 1993 a 2002<sup>4</sup>, con el argumento que la Ley 4ta 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.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, radicación N° 11001 03 25 000 1999 0031 00 (197-99), decretos del gobierno Actor: Everardo Venegas Avilán.

<sup>3</sup> Idem; sentencia 15 de abril de 2004, Rad. 712-02; sentencia del 3 de marzo de 2005 Exp. 17021, M.P. Dra Ana Margarita Olaya Forero; Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Exp. N° 0478-03 M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>4</sup> Decreto 53 de 1993, Decreto 108 de 1994, Decreto 49 de 1995, Decreto 108 de 1996, Decreto 52 de 1997, Decreto 50 de 1998, Decreto 038 de 1999, Decreto 2743 de 2000, Decretos 1480 y 2729 de 2001 y decreto 685 de 2002, entre otros.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Los fallos de anulación mencionados, establecen efectos diversos frente al salario de los servidores a los que cubija 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 demandante, a saber:

El proveído de 14 de febrero de 2002, en el cual se anulo el artículo 7° de 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 8° 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 7° 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 de 1995; 7° del Decreto 108 de 1994 y 6° del Decreto 53 de 1993<sup>5</sup>.

Finalmente, la providencia del 13 de septiembre de 2007, que declaró la nulidad de los artículos 7° y 8° de los Decretos 50 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente señaló:

“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

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –MP. Dra Ana Margarita Olaya Forero. Radicado N° 17021-05 Actor Everardo Venegas Avilán.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

...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 Avilán."

En este orden de ideas es claro 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 afecto los salarios de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, porque en ellos se consideró que no se había contemplado un sobre sueldo del 30% sino que este porcentaje hacía parte del salario, es decir, éste último no se redujo.

**Efectos de las nulidades.**

Frente a los efectos propios de las nulidades esta Corporación ha precisado que los fallos de nulidad producen efectos "ex tunc", es decir se parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás esto es, que por tener efectos retroactivos las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o de la vigencia de la norma anulada y por tanto no es susceptible, en absoluto de ejecución o aplicación, pues es precisamente este efecto el que se hará real en las acciones subjetivas, como en el caso sub lite.

En este orden de ideas, 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% hacia parte del salario, es decir, para los años 1998, 1999 y 2001<sup>6</sup>, en el entendido que es salario la remuneración permanente y periódica que percibe el empleado como retribución

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda –Subsección "A", Sentencia de 30 de octubre de 2008 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. N°, Interno. 1295-07 Actor: José Eleuterio Ruiz Martínez.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

por sus servicios y que se constituye en la base para efectos de la liquidación prestacional.

Ahora, si bien es cierto en anteriores oportunidades la Sección Segunda de esta Corporación negó la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de la normas anuales, que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo, también lo es que dicha posición fue rectificad<sup>7</sup>, en el sentido de precisar 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 percibía 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, 2001, 2002 y 2003 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 N°. 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

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero Ponente DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 7 de septiembre de 2010, Radicación N° 25000 23 25 000 2002 02159 01 Exp. N°. 0230-08 Actor: Rosmira Villescas Sánchez.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 4ta de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las "primas" en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro del sistema salarial vigente (...)<sup>8</sup>.

El precedente citado aunque analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los empleados 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.

En este orden de ideas, 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 del actor y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, 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 particular.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de abril de 2009. N° 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.

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El anterior planteamiento 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.

### **Caso concreto**

Precisado lo anterior es del caso establecer si la peticionaria 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 hará el siguiente recuento probatorio:

A folio 18 del expediente obra el Oficio DSAF 23 - 018642 del 2 de noviembre de 2004, suscrito por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, que en respuesta al derecho de petición elevado, informó:

"... El Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 7 del decreto 038 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 servicios sin carácter salarial, razón por la cual solo 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 de 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 nomina adicional para su respectivo pago.

Le reitero que solo se reajustara el año 1999 cuando llegue la asignación presupuestal correspondiente, esto debido a que es el único año para el que el Consejo de Estado ha declarado nulidad."

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se observa a folio 20, el Oficio DSAF 23 N° 020181 del 22 de noviembre de 2004 expedido por la Directora Seccional Administrativa y Financiera, en el que se señaló:

"...En atención a la solicitud contenida en el escrito del asunto, me permito reiterarle lo informado en el oficio DSAF 23 – 0188820 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 de 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 del este recurso."

Se encuentra a folios 24 a 29, la Resolución N°. 000046 de 18 de enero de 2005, mediante la cual la Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación resuelve revocar el pronunciamiento efectuado por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, contenido en el Oficio DSAF 23-18642 de 2 de noviembre de 2004, en la que se hicieron, entre otras, las siguientes afirmaciones:

"... las decisiones que en materia de solicitudes de reconocimientos salariales y prestacionales de sus servidores profiera la entidad, deberán ajustarse a los postulados o lineamientos generales que sobre el particular se tengan establecidos en la Fiscalía General de la Nación. De esta forma a la aspiración de un servidor sobre el reconocimiento de una determinada prestación, se le dará idéntico tratamiento que a la de otras personas con similar expectativa en todo el país.

En este orden de ideas y acogiendo las consideraciones expuestas por la Oficina Jurídica de la entidad, no es posible acceder a la solicitud de reliquidación de las prestaciones sociales, que resulten de aplicar el 30% de prima especial como factor salarial para el año 1999.

Así, las cosas esta Dirección habrá de revocar el pronunciamiento efectuado por la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá, contenido en el oficio DSAF 23-18642 del 2 de noviembre de 2004, y en su lugar negar la reclamación efectuada por la recurrente, con fundamento en las consideraciones expuestas en el acápite del fondo del asunto del presente acto administrativo.

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 quedo dicho, dio cabal aplicación a los decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional para cada una de ellas;

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

requiriéndose para su reconocimiento una decisión judicial que conlleve a un restablecimiento patrimonial implícito, que entrañe una obligación expresa clara y exigible."

Se encuentra demostrado a folio 2 del plenario, mediante la constancia expedida por el Coordinador del Área de Hojas de Vida de la Fiscalía General de la Nación – Seccional Bogotá, que la señora Nohora Gabriela Caro Caro ingresó a dicha institución el 1° de julio de 1992, que el último cargo que desempeño fue el identificado con el número 402001 que hace relación a Fiscal de Jueces del Circuito en la Fiscalía General de la Nación. Ubicado en la Fiscalía Seccional de Patrimonio Económico y que devengó además del sueldo gastos de representación y prima especial de servicios.

De igual manera, de conformidad con las certificaciones expedidas por la Tesorería de la Fiscalía General de la Nación y los desprendibles de nomina, obrantes a folios 3 a 14 del cuaderno principal la peticionaria percibió además de la asignación básica prima especial de servicios de marzo de 1993 a diciembre de 2003.

De lo anterior se precisa que para los años 1993 a 2003, la señora Nohora Gabriela Caro Caro percibió la denominada prima especial de servicios, que según se indica en la demanda y se acepta por la entidad demandada 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 entonces el precedente jurisprudencial al presente asunto, procede la nulidad de los actos acusados 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. Así mismo se ordenará la inclusión de este porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas por la peticionaria en los años 1993 a 2003, pues quedó

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 del actor, aplicando para ello la fórmula que se consignará en la parte resolutive de esta decisión.

Agrega la Sala que en sub examine no se configura el fenómeno prescriptivo toda vez que si tiene en cuenta que la primera sentencia que decidió anular la expresión "sin carácter salarial" contenida en el artículo 7° del Decreto N°. 050 de 1998 fue emitida el 14 de febrero de 2002 y la petición de reconocimiento se elevó por la parte actora el 22 de octubre de 2004, no habían transcurrido aún los tres años que resultan aplicables al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. (ver folios 15 y 16 del expediente)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", 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 "D", de 22 de noviembre de 2007, que denegó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Nohora Gabriela Caro Caro, y en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLARASE** la nulidad del Oficio DSAF -23- 018642 de 2 de noviembre de 2004, mediante el cual la Fiscalía General de la Nación, resolvió el derecho de petición presentado el 22 de octubre de 2004 con radicado N°. 016308; de la Resolución DESAF 23 020181 de 22 de noviembre de 2204, proferida por la Directora Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el Oficio

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DSAF23-08642 de 2 de noviembre de 2004, en el sentido de negar el pago de las cesantías del 30% de prima especial como factor salarial para su liquidación.

**SEGUNDO:** como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** a la Nación - Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar a la señora Nohora Gabriela Caro Caro la suma que resulte como diferencia por todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición aludida, dejados de percibir en los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 teniendo en cuenta lo devengado mensualmente sin deducir la denominada prima especial de servicios.

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

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

En la que R (valor presente) 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 las sumas adeudadas).

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

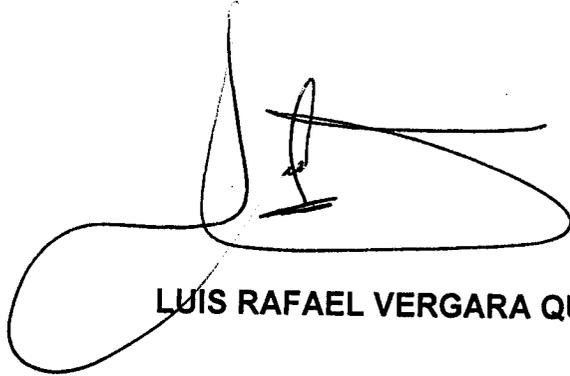
238

Radicación: 25000 23 25000 2005 06226 01 (0697-08)  
Actor: NOHORA GABRIELA CARO CARO.  
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

  
GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

  
ALFONSO YARGAS RINCÓN

  
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

