



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

SALA DE CONJUECES

CONJUEZ PONENTE: DR. PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., Nueve (9) de diciembre de dos mil quince (2015).-

RADICACIÓN: 25000232500020090038002

No. Interno: 1540 - 2014

ACTOR: ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO

**DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA
JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**

ACCIÓN: DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONJUECES

Procede esta la Sala de Conjueces a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emitida el 11 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, el doctor ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO solicitó que se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. DEAJ09-3185 del 27 de febrero de 2009, a través del cual la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL negó la solicitud del pago de sus salarios en los

términos establecidos en los Decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998, en armonía con lo dispuesto en las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, de manera que sea igual al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes; que se declare la nulidad de la Resolución No. 1941 del 26 de marzo de 2009 por medio de la cual se confirmó la decisión anterior; que, en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene y ordene a la parte demandada el pago de su salario debidamente indexado en los términos establecidos en los Decretos 610 y 1239 de 1998, en el equivalente al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde el 1° de enero de 2001 y en adelante, mientras permanezca en el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; que se reliquiden los salarios y prestaciones sociales que le fueron pagados desde el 1° de enero de 2001, esto es, que se reconozca el 10% que resulta de la diferencia entre el 70% de lo pagado el 80% que debe percibir conforme con las anteriores pretensiones; que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la entidad y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Según los hechos de la demanda interpuesta el 30 de septiembre de 2009, para esa fecha el accionante se desempeñaba en el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desde el 12 de junio de 1995, momento desde el cual ha debido pagársele el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, en aplicación de la Ley 10 de 1987 y el Decreto 63 de 1988. Ante la inobservancia de dichas normas y en desarrollo de la Ley 4 de 1992, el Gobierno expidió el Decreto 610 de 1998 que creó para los Magistrados de Tribunales Superiores una bonificación con carácter permanente equivalente al 60%, 70% y 80% de los ingresos que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes para 1999, 2000 y 2001, respectivamente. Dicha norma fue derogada por el Decreto 2668 de 1998, que a su vez fue anulado mediante la sentencia del 25 de septiembre de 2001 del Consejo de Estado, por lo que el Decreto 610 de 1998 recobró su vigencia. No obstante, el salario pagado obedecía el Decreto 664 de 1999 que estableció una remuneración inferior al Decreto 610 de 1998, lo que suscitó innumerables reclamaciones y procesos judiciales para que se diera aplicación a este último, momento en el cual interpuso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la entidad aquí demandada, la cual prosperó

en primera instancia. Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4040 de 2004 por el cual creó una Bonificación de Gestión Judicial equivalente al 70% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, en el que se condicionó a los que se acogieran al mismo a desistir de las demandas presentadas y renunciar expresamente a la posibilidad de iniciar nuevas acciones, situación que evidenció una discriminación salarial injustificada, toda vez que funcionarios de la misma categoría, nivel y con las mismas responsabilidades devengan un 10% más en cumplimiento de fallos judiciales ordinarios y de tutela en procesos iniciados por quienes no se acogieron a este último decreto, razón por la cual elevó la solicitud del mismo reconocimiento ante la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, entidad que negó su petición mediante los actos demandados.

En sentencia del 11 de julio de 2012 la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió acceder parcialmente a las pretensiones del demandante, en el sentido de decretar la nulidad de los actos demandados, declarar oficiosamente la excepción de prescripción sobre los derechos causados desde el 12 de febrero de 2006 hacia atrás y condenar a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al reconocimiento y pago de la diferencia entre lo realmente pagado y el equivalente al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes.

Por escrito radicado el 26 de julio de 2012, el apoderado del actor solicitó aclaración y adición de la sentencia, en lo concerniente al decreto de la prescripción de sus derechos, como quiera que en el fallo de primera instancia dicho aspecto se soportó con el hecho de no haber probado que aquel hubiese desistido de una acción anterior para reclamar el mismo derecho ni de la sentencia que dentro de dicho proceso se emitió, pero en el mismo se hizo referencia a este hecho y, por lo tanto, no era desconocido. En cuanto a la adición, solicitó que se señalara hasta cuándo queda obligada la entidad a cumplir con la condena impuesta, como quiera que se indicó "*hasta la fecha*", factor que cuestionó dado que con ello se extinguiría el derecho de su mandante desde la sentencia en adelante, reajuste salarial que debe ir hasta que permanezca como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

El 3 de agosto de 2012 la parte actora presentó "*recurso de apelación eventual*" contra el fallo de primera instancia en el evento que no se accediera a las peticiones presentadas en el escrito anterior e hizo referencia a un nuevo hecho como es nulidad del Decreto 4040 de 2004, por la incidencia que tendría para el caso en particular.

Mediante auto del 29 de enero de 2013 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la adición y aclaración de su sentencia al considerar que, de conformidad con el artículo 309 del CPC, no correspondería hacerlo si se tiene en cuenta que las situaciones a las que se refiere el actor frente a la prescripción fueron consideradas en la parte motiva, frente a lo cual la norma es clara en señalar que la sentencia no podrá ser reformada por el Juez que la profirió. En cuanto a la adición, señaló que no se trataría de tal sino de una aclaración en lo que se refiere al momento hasta el que se dispuso la condena a la entidad demandada, frente a lo cual precisó el Tribunal que, de acuerdo con el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, se puede dilucidar que los derechos reclamados por el actor se reconocen hasta cuando ostente su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con lo que se despeja toda duda.

El 11 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación ordenada por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 que se declaró fallida, por lo que en auto del 21 de mayo de 2015 se admitió el recurso presentado por la parte demandante, mientras que el pasado 10 de julio se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, frente a lo que respondió el apelante, mientras que la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL - RAMA JUDICIAL y el Ministerio Público guardaron silencio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas, la accionante señaló el Preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 25, 48, 53, 55 y 58 de la Constitución Política; el literal a) del artículo 2 de la Ley 4 de 1992; la Ley 10 de 1987, la Ley 63 de 1988, los Decretos 610 de 1239 de 1998; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado

por la Ley 74 de 1967; el Convenio Internacional del Trabajo No. 111 aprobado por la Ley 22 de 1967 y demás normas concordantes.

Según lo manifestado por el accionante, el Preámbulo constitucional establece entre sus propósitos fundamentales la justicia y la igualdad como pilares de un orden económico social y justo, postulados que fueron desconocidos con la postura de la Administración Judicial al dar un trato salarial discriminatorio sin fundamento alguno. Con fundamento en el artículo 4 de la Constitución, es deber de las autoridades en caso de duda en la aplicación de las normas de orden legal, pagarle el 80% del salario mensual devengado por los Magistrados de las Altas Cortes y aplicar los artículos 13 y 53 constitucionales que establecen el derecho a la igualdad salarial frente a similares condiciones de trabajo en función a las mismas labores, deberes y responsabilidades, lo cual resultó violentado y con ello el trato digno y justo al que hace referencia el artículo 25 constitucional.

Por su parte, el artículo 53 superior asegura los principios mínimos fundamentales en material laboral que, para el caso en particular, considera desconocidos al haber sido compelido a desistir de la acción ya iniciada para el reconocimiento de sus derechos laborales, los cuales son ciertos e indiscutibles y que se encuentran consagrados en las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, así como los Decretos 610 y 1239 de 1998 que hacen parte del ordenamiento jurídico y por lo tanto, son irrenunciables, de ahí que toda transacción, conciliación o sobre éstos es nulo y carece de todo efecto jurídico.

De esta forma, mediante el pago de una remuneración inferior a la solicitada se transgredieron los postulados que en materia laboral establecen una remuneración móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, así como derechos ya adquiridos, por lo resultó vulnerado también el artículo 58 de la Constitución.

De esta forma, ante la vigencia del Decreto 610 de 1998 como consecuencia de la nulidad del Decreto 2668 del mismo año, aquel era la norma aplicable frente al pago de su salario, esto es, el equivalente al 80% del ingreso percibido por los

Magistrados de las Altas Cortes. No obstante, con la expedición del Decreto 4040 de 2004 se estableció una remuneración inferior y de allí que coexistieran dos fuentes formales que regularan el mismo supuesto, por lo que se debe aplicar preferencialmente la que resulte más favorable para los intereses del trabajador.

LA SENTENCIA APELADA:

En sentencia del 11 de julio de 2012 la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió acceder parcialmente a las pretensiones del demandante, en el sentido de decretar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. DEAJ093185 del 27 de febrero de 2009 proferido por la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, declarar oficiosamente la excepción de prescripción sobre los derechos causados desde el 12 de febrero de 2006 hacia atrás y condenar a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al reconocimiento y pago de la diferencia entre lo realmente cancelado al actor y el equivalente al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes; ordenar la indexación de la sumas adeudas según la fórmula indicada en la parte motiva; no declarar la excepción propuesta por la entidad y ordenar el reconocimiento de las sumas dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA, con los intereses señalados en el artículo 178 del mismo código.

En cuanto al contenido del fallo, al analizar el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se refirió de oficio a la excepción de prescripción de los derechos demandados, figura a la que hace referencia el artículo 102 del Decreto 1848 del 1969, según el cual las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 prescriben en 3 años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. En tal medida, consideró que el término de prescripción se suspendió el 12 de febrero de 2009 con la presentación de la reclamación por parte del demandante a la entidad, por lo que los derechos causados desde el 12 de febrero de 2006 hacía atrás habrían prescrito en aplicación del artículo indicado, toda vez que al no obrar en el expediente prueba alguna sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho antes presentada

ni sobre la sentencia de primera instancia proferida frente a la misma, consideró no ser posible resolver de forma distinta al respecto. En lo referente a la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, declaró no haberse probado como quiera que si bien la entidad ha cancelado al actor el 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, la controversia persiste frente al 10% de la diferencia frente al 80% que se reclama.

Previo a resolver sobre la nulidad de los actos demandados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en los principios que en materia laboral emanan de la Constitución Política así como la sentencia emitida el 14 de diciembre de 2011 por medio de la cual se decretó la nulidad del Decreto 4040 de 2004, concluyó que el doctor ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO adquirió su derecho al pago de la Bonificación por Compensación creada en el Decreto 610 de 1998. Esto, al tener en cuenta que si bien tal decreto fue derogado por el Decreto 2668 de 1998, posteriormente recobró sus efectos cuando se declaró la nulidad de este último mediante sentencia del 25 de septiembre de 2001 proferida por el Consejo de Estado, por lo que los derechos reclamados y que de allí derivan revisten las características de ciertos e indiscutibles, por lo que la transacción laboral no se predica respecto de ellos y, por lo tanto, el funcionario tenía el derecho a percibir el 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes. Si bien el actor desistió de sus pretensiones dentro de la acción inicialmente incoada y la misma fue aprobada por el juez de conocimiento, ello no significa que el derecho sustancial afectado pueda ser puesto en duda por cuanto no es renunciable, sin que su desistimiento frente al mismo hubiese legitimado el "negocio" celebrado con el Gobierno Nacional en aplicación del Decreto 4040 de 2004 ya que con ello se transgredía el artículo 53 constitucional. Así, consideró reprochable que a través de este último decreto se hubiese establecido una diferencia salarial para empleados de la misma categoría, quienes por ello tenían derecho a devengar igual salario pero que al imponerse la renuncia frente a sus derechos afectó a quienes resolvieron acogerse a ello frente a los que no renunciaron, desistieron o transaron. Como quiera que el accionante ostenta el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desde el 12 de junio de 1995, resulta beneficiario de las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988 que

reconocían una remuneración no inferior al 80% de lo devengado para los Magistrados de las Altas Cortes por lo cual le era aplicable también el Decreto 610 de 1998 a partir de su entrada en vigencia, lo que se constituyó en un derecho adquirido que no podía ser desmejorado posteriormente en virtud del Decreto 4040 de 2004.

Así, de acuerdo con lo señalado, el a quo decretó la nulidad de los actos emanados por la DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL mediante los cuales negó el reconocimiento de una remuneración equivalente al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes y el respectivo restablecimiento del derecho.

RECURSO DE APELACIÓN:

Dentro del término legal el demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia con fundamento en lo expuesto en la solicitud de aclaración y adición que presentó una vez fue proferido, escrito en el que se refirió a la prescripción de sus derechos decretada a partir del 12 de febrero de 2006. Al respecto, sostuvo que tal prescripción se sustentó en que en el expediente no obraba prueba alguna del desistimiento de la demanda para la reclamación de sus derechos salariales en aplicación del Decreto 610 de 1998 ni de la sentencia judicial que lo resolvió. No obstante, considera que en el Tribunal reconoció que sí había presentado tal desistimiento, como también lo afirmó la entidad demandada en los actos proferidos y en su contestación, hecho que por tal motivo no resultaba dudoso o controvertible y que fue lo que permitió a que se le aplicara el Decreto 4040 de 2004, situación que conllevaría a que se resolviera de forma distinta en cuanto a la prescripción. Sostuvo que en casos análogos el mismo Tribunal accedió al derecho demandado desde el 1° de enero de 2001 sin aplicar prescripción alguna al considerar que con la promulgación del Decreto 4040 de 2004 el Gobierno Nacional desconoció arbitrariamente las Leyes 10 de 1987 y 63 de 1988 así como los Decretos 610 y 1239 de 1998 con lo que se afectaron derechos ciertos e indiscutibles de quienes se acogieron al mismo al desistir de sus demandas, como fue su caso, razón por la cual en tales pronunciamientos se reconoció el derecho

sin el límite prescriptivo. De otra parte, señaló que en el numeral tercero de la sentencia apelada si bien se ordenó el reajuste de su remuneración en el 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, no definió hasta cuando queda obligada dicha condena, aspecto que considera relevante toda vez que permanece en el cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Surtido el traslado para alegar de conclusión el demandante reiteró los argumentos esgrimidos en el libelo y solicitó no dar aplicación a la figura de la prescripción, aunado al hecho que durante el trámite del presente proceso se declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, lo cual confirma que el Decreto 610 de 1998 recobró plena y absoluta vigencia, máxime cuando el mismo tiene efectos ex tunc, lo que consolida la aplicación de este último.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 129 del CCA, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, es competencia del Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, resolver las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, como la que se instaura en el presente caso.

Aceptados los impedimentos manifestados por los Magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado y agotado el respectivo sorteo de Conjuces, corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia.

ANÁLISIS DE LA SALA

Mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho el doctor ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO demandó los actos administrativos por medio de los cuales la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL negó y confirmó su decisión en cuanto al reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación creada con el Decreto 610 de 1998, con el respectivo restablecimiento de sus derechos, pretensiones que fueron aprobadas en primera instancia decretándose la prescripción de los derechos causados hasta el 12 de febrero de 2006, fallo recurrido en tal aspecto.

El presente caso tuvo origen en el debate sobre la aplicación del Decreto 610 de 1998 para el reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación allí creada, cuestión frente a la cual esta corporación se ha referido en anteriores oportunidades al resolver casos semejantes en el sentido de reafirmar su vigencia y aplicación. Dado que se trata de un tema debatido durante varios años, es preciso hacer referencia a los parámetros normativos y jurisprudenciales bajo los cuales se llegó a tal posición, previo a resolver lo referente a la prescripción de los derechos reconocidos al actor.

Mediante el Decreto 610 del 28 de marzo de 1998, el Gobierno Nacional creó la denominada Bonificación por Compensación para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito¹. Esta bonificación se estableció con carácter permanente, que, según el artículo 1º, *sumada a la prima especial de*

¹ De acuerdo con el artículo 280 de la Constitución Política, los agentes del Ministerio Público tienen las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, como acontece con el actor.

servicio y demás ingresos laborales, iguale al 60% de los ingresos laborales que por todo concepto reciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, y sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes. Conforme con el artículo 3°, se pagaría mensualmente, una vez aprobado el presupuesto presentado por el Gobierno al Congreso con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999.

Si bien el artículo 1° señaló que la Bonificación por Compensación equivaldría al 60% de los conceptos señalados, en la parte motiva se dijo expresamente que ésta tendría un aumento gradual con el fin de superar la desigualdad entre los dos niveles mencionados, de la siguiente manera: para la vigencia fiscal en la que se aprobara por primera vez la apropiación correspondiente, la bonificación sería equivalente al 60% de los ingresos laborales percibidos por los Magistrados de las Altas Cortes, para el año siguiente al 70% y para el siguiente al 80%.

El aumento gradual hasta llegar al máximo señalado fue claramente la intención del Gobierno Nacional a pesar de no estar contenido en la parte resolutive del Decreto 610 de 1998, interpretación que resulta acorde con los lineamientos que llevaron a la creación de dicha prima, como lo manifestó esta Corporación en la sentencia emitida el 13 de julio de 2009:

“El Decreto en cuestión no hace más que conferir una bonificación a los funcionarios de la Rama Judicial que permita superar la desigualdad económica entre ellos, y esto solo se logra al establecer las bonificaciones del sesenta, setenta y ochenta por ciento para los años 1999, 2000 y 2001, y esa fue la decisión tomada por el Gobierno Nacional, el cual implícitamente aceptó y reconoció en buena medida, el derecho salarial que venían reclamando los funcionarios allí mencionados, y que terminaron como es de público conocimiento por vía de transacción y conciliación. Es bien sabido que una de las características de los actos administrativos es la de ser una manifestación de voluntad de un ente de derecho que toma una decisión con efectos jurídicos². Esta decisión no se encuentra

² “El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo

circunscrita a la parte resolutive del decreto sino que está expresada en el decreto como un todo. Afirmar que la única bonificación comprendida en el Decreto 610 de 1998 es la que se encuentra en la parte resolutive sería caer en un formalismo del todo excesivo, contrario al ordenamiento jurídico colombiano, ya que este consagra el principio de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades (artículo 228 de la Constitución Nacional). En consecuencia, atendiendo al mandato constitucional de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades y a la decisión contenida en el acto administrativo dictado por el Gobierno Nacional, las bonificaciones del setenta por ciento (70%) y del ochenta por ciento (80%) para los años 2000 y 2001 respectivamente son de pago obligatorio para los funcionarios contenidos en el supuesto de hecho del Decreto, cuando así la demanda y la apelación de la misma parte lo pretende, como en este caso”³.

El Decreto 610 de 1998 fue adicionado mediante el Decreto 1239 del 2 de julio del mismo año con el fin de hacerlo extensivo a otros servidores públicos. Luego, el 31 de diciembre de 1998 se expidió el Decreto 2668, derogatorio de lo anteriores, pero éste a su vez fue declarado nulo a través de sentencia emitida por esta sección el 25 de septiembre de 2001⁴ al resolver una acción de nulidad, decisión con efectos *erga omnes* y retroactivos o *ex tunc*. De allí se entiende que las situaciones se retrotraen al momento en que se expidió dicho decreto como si no hubiese existido, por lo que deja de hacer parte del ordenamiento jurídico, lo que retornó la fuerza vinculante al Decreto 610 de 1998, actualmente vigente.

de control se requiere que el objeto sobre el cual constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de decisión que en el lenguaje de derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos de derecho. Así, al acto administrativo, a la luz de ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para que como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987, exp.549, C.P.: Hernán Guillermo Aldana Duque. En igual sentido, Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588, C.P.: Yesid Rojas S.: “elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional 8...). Sección Segunda. Sentencia del 18 de diciembre de 1991, exp. 3936, C.P.: Álvaro Lecompte Luna.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 25000-23-25-000-1999-03968-01, C.P. José F. Torres Fernández de Castro.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, , sentencia del 25 de septiembre de 2001, exp. 395-99. C. P. Alvaro Lecompte Luna.

Tal decisión suscitó que muchos de los funcionarios destinatarios de esta última norma iniciaran acciones judiciales para el reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación allí creada en los porcentajes correspondientes, esto es, en un 60% para el año 1999, 70% para el año 2000 y 80% a partir del 2001, de los ingresos laborales percibidos por los Magistrados de las Altas Cortes, por haber recobrado sus efectos.

El 13 de abril de 1999 el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 664, por el cual se estableció una Bonificación por Compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios, en una suma determinada para cada empleo, con efectos fiscales a partir del 1° de septiembre del mismo año. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 11 de diciembre de 2003⁵, aclaró que el Decreto 664 de 1999 no creó *“una Bonificación por Compensación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239. Es el mismo derecho con diferente cuantía. Pero el Decreto 664 perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el Decreto 2668, como consecuencia de que el Decreto 664 se expidió sobre la base de que la Bonificación por Compensación a que se refieren el 610 y 1339 no existía, y por ello se utilizó la expresión obvia de “créase”; entonces si el día anterior a la expedición del Decreto 664 la Bonificación por Compensación no existía, ella es el fundamento fáctico jurídico de su expedición, pero al declararse nulo el Decreto 2668 y recobrar vigencia el Decreto 610 y 1239, ello determina que el día anterior estaban vigentes éstos y, por ende, desapareció el fundamento fáctico y jurídico del tantas veces citado Decreto 664, que es lo que conforme al artículo 66, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, se denomina “pérdida de fuerza ejecutoria”⁶, fenómeno*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de diciembre de 2003, exp. 99-3971.

⁶ En repetidas oportunidades se ha pronunciado al respecto el Consejo de Estado respecto, ejemplo de ello es: *“Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes:*

1o. Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades, colombianas que ejercen función administrativa, se extinguen y pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional?

2o. Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo?

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico (art. 66 C.C.A.), pues, es claro que, por

que se traduce en que por mandato legal un acto administrativo no está llamado a seguir produciendo efectos, sin necesidad de declaración judicial que así lo disponga”.

En conclusión, el Decreto 2668 de 1998 fue declarado nulo por lo que el Decreto 610 de 1998 recobró su validez y, en esa medida, el Decreto 664 de 1999 la perdió por cuanto se expidió bajo el supuesto que el 610 no estaba vigente.

El 3 de diciembre de 2004 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4040, por el cual creó una Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios, *con carácter permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes*, bonificación incompatible para todos los efectos con la Bonificación por Compensación creada por el Decreto 610 de 1998.

Para ser beneficiario de la Bonificación de Gestión Judicial los funcionarios que hubiesen iniciado acciones judiciales relacionadas con la Bonificación por Compensación debían desistir de sus pretensiones y renunciar a iniciar nuevas acciones, en los términos del artículo 342 del CPC, y quienes no lo hubieran hecho debían suscribir contratos de transacción para precaver futuros litigios relacionados, manifestarlo por escrito antes del 31 de diciembre de 2004 y anexar el documento correspondiente, según su situación. Así lo hicieron muchos de los funcionarios que

ejemplo, un decreto reglamentario dictado por un gobernador, intendente - ya no los habrá, comisario - tampoco existirán - o alcalde, con fundamento en Ordenanza o acuerdo, no puede subsistir, seguir surtiendo sus efectos, ante la declaratoria de nulidad de aquélla o de éste realizada por sentencia ejecutoriada proferida por el juez contencioso - administrativo, en razón de desaparecer el objeto de la reglamentación; que el nombramiento de un funcionario, que requiere necesariamente la calidad de ciudadano, se vuelva ineficaz si posteriormente el interesado pierde la ciudadanía, caso en el cual la Administración se limita a constatar que se ha operado la desinvestidura, como lo sostiene E. Sayagues Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, Tomó 1, pág. 527); y, que el acto administrativo por medio del cual se ha reconocido y ordenado pagar una pensión de invalidez a un empleado público, pierda esa fuerza obligatoria y se extinga ante la circunstancia fáctica de que, con posterioridad, el empleado recupere totalmente su capacidad laboral, o al menos, en un porcentaje que coloque esa pérdida de la capacidad laboral en menos de su setenta y cinco por ciento.”. Consejo de Estado, Sección Primera. Expediente 949. Sentencia del primero (1) de agosto de 1991. C.P. Miguel González Rodríguez.

se encontraban en las circunstancias previstas, mientras que otros continuaron sus acciones judiciales y se negaron a acoger la nueva bonificación.

De esta forma, simultáneamente se encontraban vigentes los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004⁷, contentivos de bonificaciones distintas, incompatibles entre sí, por lo que servidores que ocupaban cargos idénticos percibían remuneraciones distintas, ya que bajo el Decreto 610 de 1998 obtenían una Bonificación por Compensación equivalente al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes, mientras que los que se acogieron al Decreto 4040 de 2004 y quienes ingresaron con posterioridad a su promulgación tenían derecho a una Bonificación por Gestión Judicial equivalente al 70% del mismo concepto.

El Decreto 4040 de 2004 fue declarado nulo por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado mediante sentencia del 14 de Diciembre de 2011⁸ al considerar que con los condicionamientos impuestos a los funcionarios que desistieron de sus demandas y quienes firmaron contratos de transacción se creó una situación de desigualdad entre iguales, amparándose para ello en la validez de su consentimiento sin considerar que se afectaban derechos irrenunciables, por lo cual no podían ser objeto de transacción o conciliación. Exactamente, esta Corporación señaló:

“Para la Sala, independientemente de la situación, categoría o status social, político, económico o intelectual de un trabajador público o privado, está prohibido constitucionalmente renunciar a sus derechos adquiridos, o transar o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles.

La jurisprudencia constitucional, contenciosa y laboral, han sido uniformes en definir que los derechos laborales ciertos e indiscutidos por las partes y más aún cuando están establecidos y reconocidos en la Constitución y en las leyes, no pueden ser materia u objeto de transacción o conciliación. Que cualquier negocio celebrado en contra de esa prohibición resulta de pleno derecho ineficaz, razón por la cual, por contener el decreto 4040 de 2004, un régimen salarial regresivo para los Magistrados de Tribunales y sus otros destinatarios, respecto

⁷ En ese sentido se pronunció la Corte constitucional en la Sentencia SU- 037 de 28 de Enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar G.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Rad. No. 11001-03-25-000-2005-00244-01 (10067-2005), C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

de los que ya habían adquirido mediante decreto 610 de 1998, corresponderá a esta Sala, garantizarle a los accionantes sus derechos adquiridos, máxime si conforme al artículo 2º de la Constitución Política, debió el Gobierno actuar según los fines esenciales del Estado, de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, cosa que no se vislumbra con el mencionado decreto, pues, además, contravino los altísimos deberes de respeto a la normatividad internacional, creando condiciones que le impiden a quienes a él se acogieron, de gozar de sus derechos laborales en las mismas condiciones que lo disfrutaban sus iguales, por lo que deberá inaplicarse dicha norma por inconstitucional, acogiendo el mandato del artículo 4º de la Constitución, y atendiendo que la jurisdicción que deviene de la soberanía le impone a este Tribunal el noble deber de administrar justicia y no arbitrariedad, lo cual implica atender sin restricción alguna que “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Al hacer referencia al caso que fue objeto de análisis, se expuso:

“Todo esto impone necesariamente concluir a la luz del Estado social de derecho, que los destinatarios del decreto 610 de 1998, caso del accionante, en su calidad de Magistrados Auxiliar de Alta Corte, adquirió un derecho en sí mismo, y por ello no podía el Gobierno suprimírsele mediante la aplicación del regresivo decreto 4040 de 2004, y mucho menos a través de una transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles, que constituye además un desconocimiento a lo preceptuado en el capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como ya se indicó.

Además, para la Sala, esa transacción carece de validez y de eficacia jurídica, por ser totalmente contrario a las normas constitucionales que se enlistaron en la demanda, máxime, si por una parte, de conformidad con los artículos 1523 y subsiguientes del Código Civil, existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; y por otra parte, porque según el Convenio 100 de la OIT, en sus artículos 2 y 3, Colombia, en vez de promover la desigualdad salarial entre iguales, debe “emplear los medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del

principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.”, para lo cual, debe aplicar “este principio por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios.”

Por ello, la Sala encuentra que se violó el principio de la progresividad, pues, habiendo los Magistrados de Tribunales y todos aquellos destinatarios del decreto 610 de 1998, alcanzado un nivel de protección como lo es el recibir una remuneración equivalente al 80% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, mal podía el Gobierno adoptar una normatividad que conducía al retroceso de lo obtenido, máxime cuando compelmía a los que hubieren iniciado acciones judiciales relacionadas con la Bonificación por Compensación a desistir de sus pretensiones, renunciando expresamente a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones, o a suscribir contratos de transacción sobre derechos ciertos como dicha bonificación, lo cual, no está acorde con lo señalado por la Corte Constitucional y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el sentido que “las medidas regresivas que disminuyen una protección alcanzada a un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos, pero puede ser justificable y por ello, están sometidas a un control judicial más severo”, pero en este caso, la Sala encuentra que el cambio no es constitucional, pues, no existen datos o parámetros suficientes y pertinentes para entender que con la reducción salarial y la desigualdad creada entre magistrados, unos devengando el 70% y otros el 80%, estando en situaciones iguales, se busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa y garantista, máxime si lo que se logró fue la afectación del contenido mínimo no disponible del derecho laboral comprometido y el derecho a la igualdad, siendo el beneficio alcanzado con la disminución salarial, muy inferior al costo social que aparece. En este sentido, la Sala hace suyos el pronunciamiento de la Corte Constitucional, ya transcrito.

Para la Sala, la Bonificación por Compensación es salario, por lo tanto, no puede ser válida una transacción sobre ella, pues, está prohibida por la Constitución, y por ello, con la susodicha transacción, se desatendió que conforme al texto del decreto 610 de 1998, a partir del primero (1º) de enero de 2001, la remuneración para los demandante en su condición de Magistrados, era el equivalente al ochenta por ciento (80%) de la totalidad de lo percibido como salario por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, no pudiendo ser

objeto de ese negocio, porque se trataba de un verdadero derecho adquirido.”

A partir de los fundamentos expuestos en la sentencia invocada es claro que los derechos adquiridos bajo el Decreto 610 de 1998 resultan más favorables para los servidores que luego se acogieron al Decreto 4040 de 2004 mediante contratos de transacción o al desistir de las acciones judiciales en curso por cuanto les representa un salario mayor, y de ahí que la aplicación de este último haya generado una situación vulneradora del derecho laboral interno y los tratados internacionales que propugnan el respeto por los derechos de los trabajadores, máxime por tratarse de derechos ciertos e irrenunciables, razones que hacen totalmente inviable su aplicabilidad y que fueron las que principalmente llevaron a su declaratoria de nulidad, las que a su vez constituyeron los fundamentos para el reconocimiento de tal derecho a favor del accionante.

De esta forma, la nulidad que se declaró sobre el Decreto 4040 de 2004 hace que cese su aplicabilidad y que las situaciones presentes a la fecha de su expedición se retrotraigan a ese momento, es decir, que se rijan por las normas allí vigentes, lo que lleva a considerarlo como si no hubiese hecho parte del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como efectos retroactivos o *ex tunc*, a los que anteriormente se hizo mención. En tal medida, toda controversia frente a la aplicabilidad del Decreto 610 de 1998 finiquitó, lo que hace inane cualquier otro debate al respecto sin que haya duda en cuanto al derecho de quienes eran cobijados por este, es decir, su derecho a percibir la Bonificación por Compensación en el equivalente al 80% del total percibido como salario por los Magistrados de las Altas Cortes, como lo preceptúa esta norma.

Frente a la prescripción, que es a los que se refiere el recurso presentado por el demandante y único tema a resolver, esta corporación se ha pronunciado en varias oportunidades en casos similares, como aconteció mediante la sentencia del 29 el abril de 2014 con ponencia del doctor Ernesto Vargas Forero, así:

"Tal y como ya lo ha señalado anteriormente esta Corporación, "...el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

"Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

Se debe resaltar que dicho término de prescripción se cuenta desde que el derecho se hace exigible. De esta manera, no se puede hablar de prescripción de los derechos laborales sin la previa exigibilidad de los mismos.

Es preciso señalar entonces que, en el presente caso, la exigibilidad del derecho se encontraba en discusión, precisamente, en razón a la vigencia del Decreto 4040 de 2004 el cual, tal y como es reiterado por los aquí demandados, establecía que la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998 era incompatible con la Bonificación por Gestión Judicial que consagró este decreto.

En este sentido, el momento de la exigibilidad en este caso específico se reputa sólo hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 momento en el cual el demandante ya había interpuesto la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen al presente proceso judicial.

Así mismo, en relación con la prescripción decretada en el fallo de primera instancia, esta Sala de Conjuces, siguiendo este hilo argumentativo, considera que dicho derecho prestacional igualmente sólo resulta exigible hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, momento en el cual el demandante ya había interpuesto la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen al presente proceso judicial, precisamente, pretendiendo que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la decisión administrativa contenida en el oficio DEAJ 09-011192 del 01 de julio de 2009, se condenara a la Nación-Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial al pago la diferencia, entre el salario mensual realmente cancelado y el 80% de lo percibido por todo concepto por los Señores Magistrados de las Altas Cortes, desde el 1º de enero de 2001 hasta el 31 de agosto de 2008.

*Esta sala modificara la sentencia impugnada teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente en relación con la prescripción, es decir, que esta no opera y por consiguiente se ordenara en la parte resolutive el reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación del 80% desde el 1º de enero de 2001 hasta el 31 de agosto de 2008, confirmando en todo lo demás la sentencia recurrida."*⁹

Por lo anterior, se revocará la decisión impugnada en lo relacionado con la excepción de prescripción declarada de oficio por el a quo, por lo que el reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación en el equivalente al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes deberá realizarse desde el 1º de enero de 2001 y hasta el momento en que el actor ostente o haya ostentado la calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en aplicación del Decreto 610 de 1998.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces de la Sala Plena de de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 11 de julio de 2012 por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que no se declara la prescripción de los derechos reconocidos al actor, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: MODIFICAR Y ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 11 de julio de 2012 por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de disponer la condena allí establecida deberá ser reconocida a partir del 1º de enero de 2001 y hasta cuando

⁹ Radicado 25000232500020100003502.

el accionante tenga o haya tenido la calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

TERCERO: CONFIRMAR los demás ordinales de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE**.

La anterior decisión fue estudiada por la Sala en sesión de la fecha.

PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ
Conjuez Ponente

JORGE IVAN ACUÑA ARRIETA
Conjuez

CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS
Conjuez

ERNESTO FORERO VARGAS
Conjuez