

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA ESPECIAL DE LOS FISCALES QUE ACOGIERON EL RÉGIMEN SALARIAL DEL DECRETO 53 DE 1993 O QUE SE VINCULARÓN CON POSTERIORIDAD – Procedencia / PRESCRIPCIÓN TRIENAL

UNIFICAR JURISPRUDENCIA respecto a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y su reconocimiento a aquellos Fiscales que acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad, en los siguientes términos: 1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. 2. La prima especial constituye factor salarial sólo para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación. 3. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. 4. Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho desde 1998 a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial. 5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969. **NOTA DE RELATORÍA** : Con salvamento de voto de los conjuces Pedro Alfonso Hernández Martínez, Nubia González Cerón, Hugo Alberto Marín Hernández, Alfonso Palacios Torres.

FUENTE FORMAL : LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 270 / ACUERDO 58 DE 1999 / DECRETO 53 DE 1993 / LEY 4 DE 1992 - ARTÍCULO 14 / DECRETO 2699 DE 1991/ DECRETO 2699 DE 1991/ DECRETO 53 DE 1993 / LEY 476 DE 1998 / LEY 332 DE 1996 7 LEY 153 DE 1887 / LEY 3135 DE 1968- ARTÍCULO 41 / DECRETO 1848 DE 1969 - ARTÍCULO 102

PRIMA ESPECIAL EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PRESTACIONES PERIÓDICAS - Pueden demandarse en cualquier tiempo pero no las consecuencias económicas de la prestación

La Sala debe aclarar que aunque es cierto que el numeral 1º, literal c del artículo 164 del CPACA dispone que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho procede en cualquier tiempo contra “*actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas*”, no puede predicarse esta periodicidad de las consecuencias económicas de estas prestaciones. La premisa de la que parte el legislador tiene sustento en situaciones de tracto sucesivo, propias de toda relación laboral, por lo que mientras ésta última subsista, los derechos legales y reglamentarios podrán ser exigidos si se presentan las condiciones que el ordenamiento jurídico establece. No obstante, no por ello puede pensarse, por ejemplo, que la discusión del derecho a que la prima especial se liquide correctamente implique que los montos derivados de tal reconocimiento puedan ser reclamados sin límite temporal alguno. (...) Por contera, respecto de la prima

especial, aún cuando se genera dentro de la relación laboral, cabe señalar una diferenciación que se desprende de lo hasta ahora desarrollado: el reconocimiento del derecho puede pedirse en cualquier tiempo, cosa distinta es el efecto económico de este derecho, es decir, el valor mensual del mismo, que si está sometido al término de prescripción trienal. Si se observa, no puede argumentarse que por estar vigente la relación laboral con la Fiscalía y ser ésta de tracto sucesivo, debe entenderse que se trata de derechos crediticios que no encuentran límite temporal en su posibilidad de reclamación. (...)Así las cosas, en el caso objeto de estudio: 1. El actor se encuentra vinculado desde 1º de diciembre de 1997 a la Fiscalía General de la Nación; 2. La prima especial, inicialmente no prevista para los funcionarios de la Fiscalía que se vincularon de manera posterior al año 1993 se reconoce desde el año 98 con la ley 476; 3. Dado que debe diferenciarse entre el reconocimiento del derecho a que la prima especial sea liquidada correctamente y la consecuencia jurídica del mismo, en el segundo evento debió hacerse la reclamación en tiempo para que no operara el fenómeno de la prescripción extintiva; 4. En el expediente se encuentra demostrado que la reclamación se realizó el 7 de diciembre de 2015, con lo cual la prescripción se interrumpió y, por ello, debe hacerse el reconocimiento de las prestaciones reclamadas retrotrayendo desde este momento tres años, es decir desde el 7 de diciembre de 2012.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA PRIMA ESPECIAL EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Efectos

Los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa también se integran al sistema de fuentes al que debe someterse la autoridad administrativa, por lo que a partir de la ejecutoria de esta sentencia de unificación se genera una obligación en la Fiscalía General de la Nación de aplicar las reglas fijadas por la sala de conjueces cuando: 1. Uno de los beneficiarios de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 eleve una petición en la que pida una extensión de esta jurisprudencia; 2. Se demuestre que la prima especial no se ha reconocido como un incremento del salario básico y que por lo tanto las prestaciones sociales no han sido liquidadas correctamente por excluir un 30% que corresponde a este concepto; 3. Que se constate que existen medios probatorios que sustentan lo solicitado por el peticionario y; 4. Que se trate de derechos no prescritos y se esté en término para acceder a la justicia

FUENTE FORMAL : LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 10 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 102

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SALA PLENA DE CONJUECES

Consejero ponente: JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA (Conjuez)

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 73001-23-33-000-2017-00568-01(5472-18)SUJ-023-CE-S2-2020

Actor: NAYIBE LORENA PÉREZ CASTRO

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – SUJ-023-CE-S2-2020

Procede la Sala a resolver, mediante sentencia de unificación, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima del 26 de julio de 2018¹, la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento interpuesta por la señora Nayibe Lorena Pérez Castro.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y Contestación.

1. El 20 de mayo de 2016 la señora Nayibe Lorena Pérez Castro interpuso nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio SDAG- TH:600014-671 de fecha 18 de diciembre de 2015, emanado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante el cual se le negó a la demandante, Fiscal Delegada ante los jueces municipales y promiscuos, el reconocimiento y pago de la prima especial mensual equivalente al 30% del salario básico prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, como adición y agregado a la asignación básica mensual, la reliquidación de todas sus prestaciones sociales, salariales y laborales, teniendo como base de liquidación el 100% del sueldo básico mensual legal, más la prima especial mensual con carácter y efectos salariales existentes entre lo liquidado y lo que se debe liquidar, incluyendo la prima como factor salarial.

2. Como pretensión adicional solicitó a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a reliquidar, reconocer y pagar al poderdante desde el 01 de diciembre de 1997 hasta la fecha y en adelante, todas sus prestaciones sociales, salariales y laborales, primordialmente, la seguridad social en pensión y salud, y demás emolumentos y derechos que se hayan derivado de la relación laboral, o que en el futuro se causen, teniendo en cuenta para la liquidación el 100% de su sueldo básico mensual legal, más la prima especial mensual, con carácter salarial, equivalente al 30% de la asignación básica mensual.

3. Los hechos y concepto de la violación que sustentan la demanda se pueden condensar de la siguiente forma:

3.1. La señora Nayibe Lorena Pérez Castro, está vinculada a la Fiscalía General

¹ Folios 208 al 215 del cuaderno principal.

de la Nación desde el 1º de diciembre de 1997, desempeñándose como fiscal local y seccional en diferentes despachos judiciales. Actualmente desempeña el cargo de fiscal local de Ibagué – Tolima, delegada ante los jueces municipales y promiscuos municipales. La vinculación se realizó con posterioridad al decreto 53 de 1993, por lo que se aplica el régimen salarial previsto en esta norma, llamado régimen de acogidos.

3.2. La prima creada por el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, fue plenamente reconocida para los fiscales en el art. 1 de la Ley 332 de 1996, al expresar esta disposición que dicha prestación hará parte del ingreso base de liquidación de la pensión de los fiscales. Afirma la demandante que de la lectura de esta última norma y de la aclaración que se realizó en la ley 476 de 1998, no se encuentran excepcionados de la prima especial quienes se hubieran acogido al régimen previsto en el decreto 53 de 1993 y a aquellos que ingresen de manera posterior a la entrada en vigencia de esta norma.

3.3. Si bien los fiscales locales delegados ante los jueces municipales, seccionales delegados ante jueces de circuito y especializados delegados ante jueces especializados, en un principio no son destinatarios de lo previsto en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 que enlista a los beneficiarios de la prima; el gobierno nacional, en consideración de que los fiscales deben obtener igual remuneración a la percibida por los jueces y magistrados ante quienes son sus delegados y ejercen sus funciones, reglamentó y reconoció a éstos esta prestación en los decretos anuales a través de los que se determina el régimen salarial y prestacional para la fiscalía, a semejanza se como se regló para jueces, magistrados, agentes del servicio público, previniendo que *“el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial sin carácter salarial.”*

3.4. Los artículos de los decretos que regularon la prima especial para los fiscales fueron declarados nulos por el Consejo de Estado por ser manifiestamente inconstitucionales e ilegales. La corporación estableció que el 30% debe pagarse por concepto de prima especial como adición o agregado al salario, en un valor no inferior al 30% de la remuneración básica y que las prestaciones se deben liquidar con el 100% de esta y no el 70% como se ha venido haciendo.

3.5. Las declaratorias de nulidad del Consejo de Estado ocasionaron que el Gobierno dejara de regular la prima especial para la Fiscalía en los decretos que reglamentan el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, lo que a su vez ocasionó que se dejara de pagar a los servidores públicos beneficiarios.

3.6. Luego de la declaratoria de nulidad de los decretos que reglamentaban la prima especial para la Fiscalía, esta institución siguió liquidando las prestaciones de la actora con el 100% del salario básico, sin realizar la reducción salarial, no obstante, no ha cancelado el 30% adicional equivalente al emolumento reconocido en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992.

3.7. La actora solicitó el 7 de diciembre de 2015 el pago de la prima mensual

equivalente al 30% del salario básico y la reliquidación de todas las prestaciones y seguridad social.

3.8. La Fiscalía, mediante oficio SGAD-TH:600014-671 de fecha 18 de diciembre de 2015, negó la solicitud. Este acto administrativo no fue notificado en debida forma, sólo se envió copia, no se hizo citación, no se envió aviso y no se indicaron los recursos procedentes ni los términos para proponerlos, ni las autoridades ante quienes se podían interponer. Por esta razón, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la actora se da por notificada por conducta concluyente.

4. La Fiscalía propuso en el escrito de contestación de la demanda² las excepciones de prescripción, caducidad de la acción y cobro de lo no debido. En cuanto al último argumento, la entidad señaló que canceló todos los salarios y prestaciones sociales de la servidora pública de acuerdo con el régimen vigente para los años en que esta se encontraba vinculada a la entidad pública, que aquello que se solicita es un derecho no concedido por el ordenamiento jurídico y, por tanto, no existe discrecionalidad alguna para emitir un acto administrativo reconociendo la prima especial.

5. De igual modo, la Fiscalía señala que ya el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la legalidad de los Decretos que hasta el año 2003 consagraron la prima especial señalando que los funcionarios que se hubieran vinculado con posterioridad a la entrada en Vigencia del decreto 53 de 1993 no eran destinatarios del reconocimiento realizado en el artículo 14 de la ley 4^a de 1992, aspecto que además se desprende no sólo de la ley marco sino de las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998. Subraya que se trata de una posición uniforme de la jurisprudencia administrativa, la cual en sede de nulidad simple ha precisado la no procedencia de la prima técnica en casos como los de la demandante.

2. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 26 de julio de 2018³, resolvió lo siguiente:

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCIÓN de la reliquidación de las prestaciones sociales de la señora NAYIBE LORENA PEREZ CASTRO, reclamadas a partir del año 2015 por la inclusión de la prima especial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

² Folios 115 a 131 del Cuaderno Principal.

³ Folios 208 al 215 del cuaderno principal.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la señora NAYIBE LORENA PEREZ CASTRO contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Para el tribunal, el Consejo de Estado al anular, en la sentencia de 14 de febrero de 2002, el artículo 7 del decreto 38 de 1999 que consagraba la prima especial del 30% del salario y, al haber hecho lo mismo, respecto de los decretos 2743 de 2000 (artículo 8)⁴, 53 de 1993 (artículo 6), 108 de 1994 (artículo 7), 49 de 1995 (artículo 6), 108 de 1996 (artículo 7), 52 de 1997 (artículo 7)⁵, 50 de 1998 (artículo 7) y 2729 de 2001 (artículo 8)⁶, dejó en claro que los empleados que optaron por la escala de salarios de la Fiscalía fueron excluidos de la aplicación de la prima creada, porque fue voluntad del legislador hacerlo. Esta exclusión también se conservó para los empleados nuevos que se vincularon al momento de crearse la Fiscalía General de la Nación.

El ad quo hace referencia a la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, la cual estableció a modo de unificación que la prima especial sí constituye factor salarial, por lo que a los Servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que no les fue tenido en cuenta el porcentaje de la prima en el momento de liquidar sus prestaciones sociales, les asiste el derecho a que se les reliquide las mismas con inclusión del porcentaje de la mencionada prima, debiendo otorgarse desde el año 1994 al año 2002 sin excepción, sin perjuicio del análisis de la prescripción que deba abordarse en cada caso concreto.

Subraya el tribunal que a partir del 1º de enero de 2003, mediante Decreto 3549 de 10 de diciembre de 2003 y subsiguientes, se fijó la remuneración de la Fiscalía General de la Nación, suprimiendo el artículo que establecía el 30% como prima especial de servicios sin carácter salarial. Esto lleva a concluir al ad quo que las pretensiones de la actora no tienen vocación de prosperidad al encontrarse que el reconocimiento y pago de la prima especial se estableció en los decretos dictados desde 1993 a 2002 y, concederla de forma posterior, como solicita la accionante, no tiene respaldo normativo.

La conclusión anterior, en opinión del juez de primera instancia, es acorde con la sentencia de la sección segunda de 4 de agosto de 2010, pues la reclamación de la prima especial y la reliquidación cuando ésta no fue tomada en cuenta como factor salarial solo puede dar lugar al restablecimiento del derecho en el periodo comprendido entre el año 1994 y 2001. Así mismo, recuerda que la prescripción debe contarse a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp. 11001-03-25-000-1999-0031-00(197-99). C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda

⁵ Todos estos en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Exp. 11001-03-25-000-1997-17021-01(17021). C. P. Ana Margarita Olaya Forero

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. 11001-03-25-000-2003-00113-01(478-03). C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado

servicios, es decir el 14 de febrero de 2002, cuando se expulsó del ordenamiento jurídico el artículo 7º del Decreto 038 de 1999⁷.

3. El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia

La alzada fue ejercida por el apoderado de la parte demandante indicando que el juez de primera instancia incurrió en los siguientes errores:

1. Los fiscales que se acogieron al Decreto 453 de 1993 y los que ingresaron con posterioridad a la vigencia de esta norma, en ningún momento fueron excluidos de la prima creada en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992. Subraya el demandante que de hecho las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998 señalaron de manera clara que este beneficio se debía extender a estos servidores públicos, otorgándole un carácter salarial para efectos pensionales.

2. Bajo la premisa anterior, los fiscales que se encuentren en la situación descrita en el numeral anterior tienen derecho a que se les cancele un sobresueldo del 30%, por lo que es errado entender que esta suma hace parte de la asignación básica.

3. El actor afirma que no es cierto que la prima especial carezca de fundamento legal por el hecho de que no se haya previsto desde el 2003 en los decretos del Presidente que desarrollan la ley 4ª de 1992. Lo sostenido lo sustenta en dos argumentos: 1. Los decretos 1251 de 2009, 3901 de 2008 y 707 de 2009, equiparan el salario de un fiscal al del juez ante quien es delegado o ejerce funciones, de tal forma que generar un trato diferenciado es violatorio a todas luces del principio de igualdad; 2. El legislador hizo extensivo este emolumento a los fiscales, cuando en el artículo 1º de la ley 332 de 1996 se dispuso: *“La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida en la ley”*. En palabras del demandante, al no ser lo suficientemente clara esta norma se expidió una disposición aclaratoria en el artículo 1º de la Ley 476 de 1998: *“Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularan con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia para estos servidores, la prima especial a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adicionan, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación”*.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp. 11001-03-25-000-1999-0031-00(197-99). C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

4. Finalmente, al eliminar el gobierno desde el año 2003 el concepto de prima especial de los decretos anuales a través de los cuales fija el régimen salarial para la Fiscalía General de la Nación suprime un derecho reconocido legalmente, pues el actor reitera lo sostenido en el numeral anterior para señalar que este emolumento está incuestionablemente reconocido por la ley. Así las cosas, no puede generarse, en su opinión, la interpretación de que las sentencias del Consejo de Estado que anulaban los decretos anteriores a esta fecha tuvieron el efecto de suprimir la prestación, pues *“...lo que declararon las sentencias, es que la prima se debe reconocer y pagar, como agregado, adición o plus al salario básico mensual”*.

4. La intervención del Ministerio Público y alegatos de conclusión

Solo rindió alegatos en el término otorgado la parte demandada⁸ reiterando los argumentos esgrimidos en la constestación de la siguiente manera:

“El tribunal Administrativo del Tolima, dio correcta aplicación al precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado, frente al tema que aquí se discute. Es claro, que en el presente asunto se configura la prescripción de los derechos reclamados, y vale resaltar, que no es posible dar aplicación a la sentencia del 29 de abril de 2014 de la mencionada corporación, toda vez que en la misma se analizaron decretos salariales distintos al de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

“Así mismo, y tal como lo señaló el juez de primera instancia, desde el año 2003 los decretos salariales de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, suprimieron el artículo que establecía el 30% como prima especial de servicios sin carácter salarial, por lo que no se puede entonces entrar a reconocer algo que la normatividad no dispone.”

El demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Aspectos preliminares.

El Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos. En este caso, una vez arribado el expediente a la Corporación e ingresado por reparto a Despacho, los miembros de la Sección Segunda, por Auto del 1 de agosto de 2019⁹, se declararon impedidos para conocer de este proceso, con fundamento en el numeral 1° del artículo 141 del Código General del Proceso, consistente en tener interés *“directo o indirecto en el proceso”*, por la naturaleza del tema involucrado. Luego se aceptó

⁸ Folio 254 del Cuaderno Principal.

⁹ Folio 256 del Cuaderno Principal.

el impedimento y se ordenó el sorteo de conjuces, a los cuales se les asignó la sustentación y fallo de este proceso.

1. Manifestación de impedimento.

Los Doctores Hectór Santaella Quintero y Bertha Lucía González Zuñiga Conjuces de la Sección Segunda de esta Corporación, en escritos del 11 y 14 de diciembre manifestaron su impedimento para conocer del presente asunto, fundamentado en la causal consagrada en el numeral 6 del artículo 141 del C.G.P., para el efecto, señalaron que presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se solicita el pago de la prima especial, estándolo dichos procesos aún en trámite. Igual impedimento presentaron de forma oral en la Sala del 15 de diciembre del año en curso los conjuces Ilvar Nelson Jesús Arevalo Perico y Héctor Alfonso Carvaljal Londoño

Los impedimentos están instituidos en nuestra legislación como garantía de la imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en el desempeño de su labor. Para ello, la ley procesal estableció, de manera taxativa, unas causales de impedimento y recusación, cuya configuración, en relación con quien deba decidir un asunto, determina la separación de su conocimiento. De manera que, en garantía de la imparcialidad en la administración de justicia, es necesario analizar en cada caso, si las circunstancias alegadas por quien se declara impedido son constitutivas de alguna de las causales previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. La causal aludida se encuentra contenida en el numeral 6 el cual establece: *“Existir pleito pendiente entre el juez, su conyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3 y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.*

En el caso bajo estudio, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado por los Conjuces, Doctores Héctor Santaella Quintero, Bertha Lucía González Zuñiga, Ilvar Nelson Jesús Arevalo Perico y Héctor Alfonso Carvaljal Londoño por cuanto la situación fáctica planteada, se enmarca dentro del supuesto contenido en la norma, razón por la cual, a fin de velar por la objetividad de la decisión que deba adoptarse, se aceptará el impedimento y, en consecuencia se les declarará separados del conocimiento del presente asunto.

De igual forma, manifestó en escrito del 30 de noviembre de 2020 encontrarse impedido el Doctor Hugo Alberto Marín Hernández señalando lo siguiente:

“1. El suscrito se desempeñó entre los años 2006 y 2017 como Magistrado Auxiliar en la Sección Tercera del Consejo de Estado. En el marco de dicha relación laboral, promoví a través de apoderada dos demandas en contra de la Nación- Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a saber, una que dio lugar a un proceso ya finalizado y otra cuyas pretensiones son las siguientes, encontrándose aún en trámite el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho respectivo:

“... que se declare que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la diferencia salarial que resulte como consecuencia del reconocimiento

de la bonificación por gestión judicial, hoy bonificación por compensación, en su condición de Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, equivalente al ochenta por ciento (80%) de la suma que resulte por la nivelación de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes a partir del 15 de mayo de 2.006 y hacia futuro", y a que se condene a la entidad accionada a "pagar las diferencias que por concepto de salarios y prestaciones sociales resulten a su favor, como consecuencia del reconocimiento de las sumas antes mencionadas".

2. Tal la razón por la cual en mi caso podría configurarse la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, cuyo tenor literal es el siguiente: "1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso".

La Sala apelando al carácter taxativo y restrictivo de las causales de impedimento y de recusación no aceptará la solicitud hecha por el Conjuez Hugo Alberto Marín Hernández, comoquiera que el proceso judicial que da lugar a la solicitud no tiene por objeto reclamar el reconocimiento de la prima especial sino de la bonificación por compensación, además de que el demandado no es la Fiscalía General de la Nación sino la Rama Judicial. Debe recordarse, que dado el carácter restrictivo de las causales de impedimento y recusación no puede apelarse a interpretaciones analógicas o extensivas sino restringirse a una lectural literal de la causal que se aplica.

2. La estructura de la Sentencia

Para resolver el recurso de apelación interpuesto esta sala abordará los siguientes puntos: A. La facultad de la Sección Segunda para Unificar Jurisprudencia; B. Justificación en el presente caso de la necesidad de unificación; C. Las contradicciones normativas que enmarcan la prima especial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y la aplicación del principio de favorabilidad; D. La jurisprudencia de la sección segunda que antecede la unificación; E. La aplicación de la prescripción trienal; F. Las implicaciones de proferir sentencia de unificación para la autoridad administrativa y; G. El análisis del caso concreto.

A. De la facultad de la Sección Segunda para unificar jurisprudencia

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 237 de la Constitución, una de las atribuciones que le otorga la Carta al Consejo de Estado es la de ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo «conforme a las reglas que señale la ley». Esa norma, la Ley 270 de 1996 –estatutaria de la Administración de Justicia–, contempla en su artículo 34 esa misma atribución constitucional¹⁰. En ejercicio de tal competencia, el Consejo de Estado «propende por la interpretación de las

¹⁰ Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: «El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y estará integrado por treinta y un (31) magistrados, elegidos por la misma Corporación para los períodos individuales que determina la Constitución Política, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura».

normas de derecho que rigen su actividad y en su entendimiento procura adaptarlas al momento en que las aplica y llena vacíos, cuando fuere necesario, como lo dispone el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887»¹¹.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que por mandato del artículo 230 de la Constitución Política, los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley; pero en su ejercicio hermenéutico autónomo pueden incurrir en diversas interpretaciones, las cuales ciertamente pueden contraponerse e ir en detrimento y directa tensión con los principios de igualdad en el trato y protección de los intervinientes en las actuaciones bajo su conocimiento, así como en violación del principio de seguridad jurídica, cuya garantía constituye el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, la labor unificadora del Consejo de Estado se postula como una labor necesaria y trascendental para fijar criterios interpretativos de cierre que armonicen los dictámenes de todos los niveles de esta jurisdicción especializada, pues solo así se puede garantizar una justicia eficaz y ajena a interpretaciones y prácticas formalistas que pudieran desviar su buen fin.

Precisamente, una de las herramientas que contempla el proceso contencioso administrativo, consagrada en la Ley 1437 de 2011¹², para que esta Corporación actúe como Tribunal Supremo de la jurisdicción, es precisamente la función de unificación de jurisprudencia, la cual se regula a partir del artículo 270 ejusdem en adelante. En concreto, la norma señala que son sentencias unificadoras las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las que emite al decidir los recursos extraordinarios; y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, en lo referente a las acciones populares y de grupo.

Para llevar a cabo esta tarea unificadora, las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tienen, entre otras funciones, las de dictar sentencias con el fin de unificar jurisprudencia en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación¹³. Igualmente, dicha atribución está contemplada en los artículos 13A -ordinal 2.º- y 14 -ordinal 1.º- del Acuerdo 58 de 1999, modificado por los acuerdos 55 de 2003 y 140 de 2010 (Reglamento del Consejo de Estado), que prevén que las mencionadas secciones pueden dictar sentencias de unificación por las razones ya advertidas, en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones o de los tribunales administrativos.

¹¹ Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo de Estado y otros. Bogotá, 7 -1 de julio de 2008. P. 100.

¹² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹³ «... Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso....». Artículo 271 de la ley 1437 de 2011.

Por su parte, a partir del Auto 208 de 2006¹⁴, donde hizo referencia a la importante labor de unificación jurisprudencial de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha venido exaltando la función que dicha actividad desempeña dentro del ordenamiento jurídico para proteger los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica. En aquella providencia, la Corte lo expresó de la siguiente manera:

“Esta argumentación resulta compatible con la naturaleza del sistema judicial colombiano de derecho legislado. En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos.

“No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces.”

Cabe resaltar que el antecedente de esta figura surge con la Comisión de Reforma a la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁵, la cual abordó como uno de sus temas principales la necesidad de fortalecer la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de manera que sus providencias fueran aplicadas tanto por la Administración como por el mismo orden jurisdiccional. Para la Comisión, el reforzamiento de dicha labor tendría incidencia directa en la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, la reducción de la litigiosidad y la garantía de seguridad jurídica y coherencia en la aplicación de normas jurídicas¹⁶.

Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia constituye una fuente complementaria de interpretación y aplicación de la ley, también lo es su valor como instrumento necesario para la garantía de la uniformidad en la aplicación del derecho, en tanto cumple con importantes postulados constitucionales -como el

¹⁴ Corte Constitucional. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Creada por el Gobierno nacional mediante el Decreto 4820 de 2007.

¹⁶ Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. Publicación de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado. 2014.

consagrado en el artículo 2.º de la Carta Política-, obligando a asegurar la efectividad de los derechos y la realización de la justicia material con exactitud, confianza y credibilidad, con base en principios como el de la buena fe y la confianza legítima. Además encuadra los casos concretos que día a día se ponen en conocimiento del juez, cuya realidad social supera ampliamente la capacidad reguladora de la ley como norma general impersonal y abstracta¹⁷.

Justamente por lo anterior, la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de constitucionalidad contra un apartado del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, «las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos»¹⁸; determinó que, con arreglo a lo previsto por el artículo 270 ejusdem, la elaboración de las sentencias de unificación debe tener fundamento en uno de los siguientes criterios:

«(i) finalístico o de unificación y definición jurisprudencial; (ii) material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto; (iii) funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión».

Con todo, si bien dichos criterios permiten a la sentencia de unificación definir los alcances de la aplicación de una norma ante la disparidad interpretativa de los funcionarios judiciales, también la encaminan a averiguar, dentro del entramado normativo, la intención del legislador con el fin de emitir un fallo acorde con el objeto social que aquel perseguía, superando de este modo la simple interpretación dogmática de la norma¹⁹, pues además de la trascendencia económica o social de la decisión -que atiende a conflictos y litigios que superan su órbita inter partes-, puede extenderse a bienes jurídicos públicos o de interés general.

B. Justificación en el presente caso de la necesidad de unificación

La parte apelante afirma que la sentencia recurrida yerra en su fundamentación y no ofrece claridad sobre los fiscales como destinatarios de la prima especial, pues

¹⁷ Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo de Estado y otros. Bogotá 7 -1 de julio de 2008. Página 98.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. El cargo formulado contra la norma en cita se resume así: La orden a las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, sin considerar los fallos de otras corporaciones como la Corte Constitucional, está propiciando que la postura jurisprudencial del Consejo de Estado socave la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, específicamente en materia de derechos fundamentales, lo cual iría en contra de la supremacía de la Constitución y de su interpretación autorizada. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, con el argumento de que su jurisprudencia, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre las otras normas del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte Constitucional.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta providencia se analizaron históricamente las escuelas de interpretación judicial y recordó que las denominadas jurisprudencia de conceptos y la de intereses, la primera representada fielmente con los escritos de Ihering, introdujeron la noción de finalidad o *telos* de la norma (método teleológico de interpretación), para sostener que el juez no debe fallar con la simple deducción silogística, sino que debe averiguar cuál fue la intención del legislador y así proferir un fallo de acuerdo con el fin social perseguido por los representantes de la voluntad popular.

no solo se desconoce la normatividad que impone el deber de dar un trato salarial igual a los jueces y fiscales, sino que adicionalmente omite lo dispuesto en las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998, normas que son claras, no sólo en reconocer expresamente la prima especial, sino también en darle carácter salarial.

Planteado en estos términos el recurso de apelación, la Sala Plena de Conjuces de la Sección Segunda, es consciente de la necesidad de generar un precedente judicial sobre prima especial que se aplique a las relaciones jurídicas entabladas al interior de la Fiscalía General la Nación al presentarse en este caso tres elementos diferenciales respecto de la sentencia de unificación que se profirió en 2019 para el caso de los jueces²⁰: 1. La necesidad de determinar si los funcionarios que se acogieron al régimen consagrado en el Decreto 53 de 1993 o que ingresaron de forma posterior a su entrada en vigencia son o no destinatarios de la prima especial establecida en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992; 2. Pronunciarse respecto a la ausencia de reglamentación de la prima especial desde el año 2003 y si esta circunstancia implica imposibilidad de reconocimiento debido a la ausencia de un fundamento normativo suficiente, y; 3. Determinar si en el caso de los fiscales la prima tiene carácter de factor salarial y, si es así, cual es el alcance sobre el reconocimiento de derechos prestacionales. Por estas razones, se advierte la necesidad de unificar la jurisprudencia respecto de un tema que, si bien a lo largo de los años ha sido objeto de distintas interpretaciones en el seno de esta Corporación, debe ser definido para evitar, de cara al futuro, posibles contradicciones en las sucesivas decisiones judiciales y garantizar así la igualdad y la seguridad jurídica del orden laboral administrativo. De igual modo, es necesario armonizar la decisión con los pronunciamientos de la sección segunda en sede de nulidad simple y determinar lo referente a la aplicación del fenómeno de la prescripción.

C. Las contradicciones normativas que enmarcan la prima especial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y la aplicación del principio de favorabilidad.

Una de las responsabilidades del juez es generar certeza sobre el alcance de las normas legales y reglamentarias que reconocen y desarrollan un derecho, sobretodo cuando la redacción de las mismas puede generar multiplicidad de interpretaciones, cuando existen tránsitos normativos que generan la coexistencia de regímenes diferenciados, cuando los pronunciamientos de constitucionalidad o legalidad por ser erga omnes inciden en la interpretación que pueda darse a las disposiciones que continúan vigentes e, incluso, cuando en la resolución de casos concretos existan contradicciones o supuestos fácticos diferenciales que no han sido analizados por la jurisprudencia. Este aparte se ocupará principalmente de los aspectos que hacen referencia a las disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para ofrecer una adecuada respuesta a los cuestionamientos formulados en el recurso de apelación, comoquiera que el análisis de las líneas

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Sentencia del 2 de septiembre de 2019. Exp. 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-18CE-SUJ-016-S2-19).

jurisprudenciales en sede de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho será objeto de un estudio posterior.

Lo primero que debe advertirse es precisamente que la Fiscalía General de la Nación, al ser creada por la Constitución Política de 1991, requirió una regulación diferenciada que se ocupará no sólo de su organización interna sino también del régimen laboral de sus servidores públicos, comprendiendo aspectos como la regulación de sus derechos salariales y prestacionales. Esta tarea en parte fue llevada a cabo mediante el Decreto 2699 de 1991, en la medida que del artículo 54 al 64 de este cuerpo normativo, no sólo se estableció la escala salarial de los diferentes niveles jerárquicos, sino que además se generó un régimen salarial y prestacional diferenciado, como quiera que se requería incorporar personal en la planta de cargos que obedecían a dos realidades distintas:

1. Quienes se vinculaban por primera vez a la institución y que antes no desempeñaban labores en: las fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduana, de orden público; la dirección nacional y las direcciones seccionales de instrucción criminal; el cuerpo técnico de la policía judicial, y; los juzgados de instrucción criminal de la justicia ordinaria, de orden público y penal aduanera.

2. Quienes se incorporaban en la planta de personal de la Fiscalía y provenían de las fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduana, de orden público; la dirección nacional y las direcciones seccionales de instrucción criminal; el cuerpo técnico de la policía judicial, y; los juzgados de instrucción criminal de la justicia ordinaria, de orden público y penal aduanera.

Habrà de tenerse en cuenta que frente a quienes se encontraban en el segundo supuesto, el artículo 64 del Decreto 2699 de 1991 les permitió "...optar por una sola vez entre el régimen salarial y prestacional" que detentaban y el previsto en el artículo 54 del decreto citado. Esta dualidad generó que se hablará en su momento de los fiscales acogidos y no acogidos.

De manera posterior, en cumplimiento de lo establecido en el 19 del artículo 150 de la Constitución Política, se profirió la Ley marco que fija los criterios para establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos (Ley 4ª de 1992). Dentro de los aspectos desarrollados se haya precisamente en el artículo 14 el reconocimiento de la denominada prima especial para empleados públicos de diferentes entidades, excluyendo de manera expresa a quienes se acogieron al régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación previsto en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991.

"El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y

Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, *excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.*

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

De hecho, si se lee con detenimiento, el reconocimiento del derecho a una prima especial comienza a tener efectos desde del 1º de enero de 1993. Este dato es relevante para entender el caso específico de la Fiscalía General de la Nación, pues es a partir de este año que el Gobierno Nacional comienza a regular mediante decreto reglamentario el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de esta entidad. Así, el decreto 53 de 1993 en su artículo 2º replicó la posibilidad de elegir, de tal forma que se presentan tres situaciones diferenciables:

1. Los servidores públicos de la Fiscalía general de la Nación no acogidos según lo dispuesto por el Decreto 2699 de 1991, los cuales podían decidir no optar por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y, por lo tanto, continuar con el régimen salarial vigente que provenía de las entidades en las que se encontraban vinculados antes de su incorporación en la planta de personal de la entidad.
2. Los servidores públicos que se encontraban en la anterior situación o que se regían por el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991 y que decidieron acogerse al nuevo régimen salarial y prestacional establecido en el decreto 53 de 1993 para la Fiscalía General de la Nación.
3. Los servidores públicos que se vincularon de manera posterior al 28 de febrero de 1993 a la Fiscalía General de la Nación, lo cuales quedan sometidos al régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 53 de 1993.

Con estos tres escenarios, el Decreto 53 de 1993 reguló la prima especial en su artículo 6, reconociéndola a favor del Jefe de Unidad de Fiscalía ante Tribunal Nacional; Jefe de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito; Fiscal ante Tribunal Nacional; Jefe Unidad Regional de Fiscalía; Fiscal ante Tribunal de Distrito; Fiscal Regional; Jefe Unidad Seccional de la Fiscalía; Fiscal Seccional; Secretario General; Directores Nacionales; Directores Regionales; Directores Seccionales; Jefe de Oficina; y Jefes de División. El texto de la disposición normativa fue claro en establecer que el 30% del salario básico mensual de estos dependientes laborales se consideraba prima especial de servicios sin carácter salarial.

Este reconocimiento se mantuvo año a año hasta el 2002. Sólo basta con constatar las normas durante este periodo: artículo 7 del Decreto 108 de 1994; artículo 7 del Decreto 49 de 1995; artículo 7 del Decreto 108 de 1996; artículo 7 del Decreto 52 de 1997; artículo 7 del Decreto 50 de 1998; artículo 7 del

Decreto 38 de 1999; artículo 8 del Decreto 2743 de 2000; artículo 8 del Decreto 1480 de 2001; artículo 8 del Decreto 2729 de 2001; y artículo 7 Decreto 685 de 2002.

Dadas las declaratorias de nulidad simple de estas disposiciones por parte de esta corporación, las cuales serán objeto de análisis en el siguiente apartado de esta providencia, la prima especial desapareció desde el año 2003 de los reglamentos proferidos por el Presidente de la República en los que se desarrolló el régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, basta con revisar el texto de los Decretos 3549 de 2003, 4180 de 2004; 943 de 2005; 396 de 2006; 625 de 2007; 665 de 2008; 730 de 2009; 1395 de 2010; 1047 de 2011; 875 de 2012; 1035 de 2013; 19 de 2014; 205 de 2014; 1087 de 2015; 219 de 2016; 989 de 2017; 343 de 2018; 996 de 2019; y 300 de 2020.

Debe advertirse que el legislador tuvo que pronunciarse sobre la prima especial del artículo 14 de la ley 4 de 1992, a efectos de precisar su alcance respecto de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, en el artículo primero de la ley 332 de 1996 determinó con claridad que la prima especial, en los supuestos que resulte aplicable para esta la entidad, constituye parte del ingreso básico de liquidación sólo para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. Para ofrecer mayor claridad se transcribe la disposición de la que se habla:

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

Esta norma fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C – 129 de 1998. En dicha providencia la corporación señaló ajustado a la Carta Política que el legislador permita la elección por parte de los empleados públicos de una institución como la Fiscalía General de la Nación, de acogerse a un régimen salarial diferente al que por regla general les correspondería. Asimismo, se subraya que las consecuencias de la elección deben ser asumidas por el dependiente laboral, pues este no podría pretender que se le reconozcan los beneficios de los dos regímenes, pues ello a todas luces generaría un trato desigual al interior de las entidades públicas. En efecto, en la sentencia citada se resalta expresamente que:

“No se opone a la Carta que, a quienes están cobijados por determinado régimen laboral o prestacional, se les otorgue la opción de acogerse a un régimen distinto, siempre que puedan hacerlo con el debido conocimiento de causa y en condiciones de plena libertad. El legislador puede disponer -y es lógico que lo haga- que quien, haciendo uso de su opción, se acoge a un régimen prestacional distinto de aquél que por regla general le correspondería, se someta de manera total a las consecuencias de su

selección y que, por lo mismo, no pretenda quedarse con los beneficios de uno y otro sistema, pues ello, además de propiciar desigualdades, rompería el equilibrio de la normatividad laboral. Y, por supuesto, también el legislador puede introducir modificaciones a las reglas establecidas en los distintos regímenes existentes, siempre que no desconozca derechos ya consolidados en cabeza de personas en concreto”²¹.

Debe advertirse, para que el ejercicio de unificación se realice correctamente que, en su momento, quienes cuestionaban la norma alegaban una vulneración del derecho de igualdad respecto de aquellos que proviniendo de la rama judicial se habían acogido al régimen previsto en el Decreto 53 de 1993, pues como ya se dijo, la prima especial se reguló para estos servidores hasta el año 2002 por medio decretos reglamentarios y, bajo el entendido de los accionantes, la ley no podía desconocer esa regulación administrativa. Específicamente el concepto de la violación fue el siguiente:

“Manifiestan los actores que el aparte normativo acusado es violatorio de los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

*Consideran que el artículo 1 demandado trató de subsanar el inconveniente que se presentaba con la base salarial de liquidación de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992. Pero también estiman que la referencia a la excepción contemplada en dicho precepto **para el caso de aquellos funcionarios que provenían de la Rama Judicial y se acogieron al régimen salarial integral previsto para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, atenta contra el derecho a la igualdad**, pues el motivo que inspiró al legislador de 1992 para consagrar tal excepción ha sido superado por normas posteriores y ya aquélla no se justifica.*

Afirman que, al expedir la Ley 332 de 1996, el legislador olvidó que luego de la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992 el Gobierno Nacional había dictado varios decretos en los cuales dio el carácter de prima especial de servicios al equivalente del 30% del sueldo para algunos funcionarios de la Fiscalía General, sin conferirle la calidad de salario. Mencionan específicamente los decretos 53 de 1993, 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997.

En su criterio, mal podía el legislador mantener la excepción establecida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, pues su fundamento ya desapareció: no subsiste el salario integral para los funcionarios de la Fiscalía General cobijados por los señalados decretos.

*Ello hace -según la demanda- que los antiguos servidores de la Rama Judicial que son exceptuados del régimen general, **por haberse acogido al de la Fiscalía, queden discriminados, toda vez que a los funcionarios de dicho organismo se les ha venido a reconocer la prima especial como salario para los efectos de liquidación de pensión.***

Conforme a lo anterior, alegan que el aparte acusado del artículo 1 carece de justificación y razonabilidad, y que el tratamiento diferenciado no es admisible”²²

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 129 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

²² Ibidem.

La importancia de lo señalado reside justamente en la precisión realizada por la Corte Constitucional respecto del lugar que tienen en la jerarquía normativa los decretos del presidente de la República que se encargan de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación. En ese sentido, se establece que estos últimos son normas que no tienen rango de ley, de manera que la labor de establecer si la regulación realizada en su momento por el Gobierno se ajustaba o no al ordenamiento jurídico no hace parte de su órbita competencial. En ese sentido se determinó:

*“En otro aspecto de la cuestión, ha de precisarse que los decretos que expide el Presidente de la República en desarrollo de las leyes marco previstas en el artículo 150, numeral 19, **no gozan, como lo afirman los demandantes, de fuerza material de ley. Ellos tienen por límite el texto de la correspondiente ley general, que fija pautas y criterios al Ejecutivo, y no pueden modificarla ni cambiar las reglas que establece.** Son decretos típicamente administrativos, y más exactamente reglamentarios, aunque con un ámbito más amplio que el señalado en la Constitución para los decretos expedidos en desarrollo del artículo 189, numeral 11, de la Constitución.*

De allí que la Corte Constitucional no sea el tribunal competente para resolver acerca de su constitucionalidad, según resulta de las expresas normas contenidas en los artículos 237, numeral 2, y 241 de la Carta Política.

Se abstiene la Corporación, en consecuencia, de resolver acerca de si se justifican o no, a la luz del principio de igualdad, las disposiciones establecidas en los decretos mencionados por los actores, pues sobre su validez debe resolver el Consejo de Estado”²³

No obstante, el legislador consideró que existía confusión respecto de la aplicación de la prima especial a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual profirió la ley 476 de 1998, la cual en su artículo primero dispuso:

*“Aclárase el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, **no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularen con posterioridad a dicho decreto.** En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación”*,

Como puede observarse, la sola lectura de la norma genera una potencial contradicción, pues de la ley 4 de 1992, de la ley 332 de 1996 y de la sentencia C – 129 de 1998, se desprende que no se debe aplicar la prima especial del artículo

²³ *Ibíd.*

14 a quienes optaron por el régimen salarial previsto por la Fiscalía a partir del año 93. No obstante, el artículo 1º de la ley 476 de 1998 da lugar cuando mínimo a la duda al señalar que esta excepción no cubre a quienes se sometieron al Decreto 53 de 1993 y a los que se vincularon de manera posterior a la entidad.

Por lo anterior, el recorrido normativo realizado deja entrever varios puntos que deben ser objeto de unificación:

De los grupos identificados, acogidos, no acogidos y quienes ingresaron a la Fiscalía con posterioridad a 1993, ¿a quiénes debe reconocerse la prima especial prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992?; 2. ¿puede derivarse del texto de la ley 476 de 1998 una derogatoria tácita de lo dispuesto en las leyes 4 de 1992 y 332 de 1996?; 3. Si las tres normas siguen vigentes ¿puede realizarse una lectura que apele al principio de favorabilidad en materia laboral?; 4. Si se estableciera que la prima especial del artículo 14 se extiende a quienes se sometieron a la escala salarial de la Fiscalía desde 1993, ¿podría reconocerse esta prestación teniendo en cuenta que desde el año 2003 no se ha vuelto a regular en los Decretos reglamentarios anuales proferidos por el Presidente de la República?

Este último aspecto es relevante para el caso concreto y para que se proceda a proferir sentencia de unificación, comoquiera que la mayoría de los precedentes jurisprudenciales, como se verá, hacen referencia a reconocimientos generados entre el año 1993 y el año 2002, y la actora reclama el reconocimiento de este emolumento por fuera de este periodo, es decir, durante los años posteriores en los que sólo existe la discusión del alcance de las normas legales pues, como ya se dijo, este reconocimiento no se ha vuelto a consagrar en los decretos reglamentarios.

Así, una primera respuesta apuntaría a que la prima especial sólo debe predicarse de aquellos que no se acogieron al régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación. Por lo tanto, no puede cubrir a quienes si optaron por la anterior alternativa, decidieron someterse al decreto 53 de 1993 o se vincularon con posterioridad a la vigencia de esta norma. Lo anterior se desprende de dos argumentos: los no acogidos, es decir, quienes provenían de la rama judicial y no renunciaron a dicho régimen salarial, por obvias razones se someten a las reglas establecidas para los funcionarios judiciales, y; el artículo 14 de la ley 4 de 1992 excepciona de la prima especial de manera expresa y clara a quienes opten por la escala de salarios de la entidad a partir de 1 de enero de 1993.

No obstante, la lectura realizada no es tan diáfana cuando se lee el texto de la ley 476 de 1998, pues aunque el legislador señaló que la finalidad de la norma era aclarar el alcance de los artículos 14 y 1º de las leyes 4 de 1992 y 332 de 1996 respectivamente, lo cierto es que termina generando una antinomia, pues reconoce que la excepción no cubre precisamente a los funcionarios acogidos, es decir a aquellos que optaron por la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993 o a quienes se hayan vinculado con posterioridad a su entrada en vigencia. Basta con comparar directamente las dos normas:

Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992	Artículo 1º de la ley 476 de 1998
<p><i>“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, <u>excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.</u></i></p>	<p><i>“Aclárase el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, <u>no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularen con posterioridad a dicho decreto.</u> En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación”</i></p>

Debe advertirse que la ley 476 de 1998 estableció que su naturaleza es aclaratoria, por lo que si se apela a un criterio formal, podría pensarse que el legislador no tenía la intención de derogar o modificar lo establecido en las leyes 4ª de 1992 y 332 de 1996. Sin embargo, cuando la redacción de la norma genera contradicción, es decir que coloca al operador jurídico en una situación en la que un derecho es negado y reconocido al mismo tiempo, debe apelarse al contenido y no a la declaración formal que hizo el legislador respecto de la disposición que genera la antinomia. Esto genera, que al regularse la misma materia de manera contradictoria se tenga que acudir a la regla establecida en el artículo 2º de la ley 153 de 1887 y, por tanto, preferirse la aplicación de la norma posterior. Si se asume esta postura, puede entenderse que en año 1998 operó una derogatoria de la excepción consagrada en la ley marco respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

El anterior argumento se refuerza con el deber que tiene el juez de aplicar en materia laboral el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución política, según el cual, cuando existan dudas en cuanto a la interpretación y aplicación de dos o mas disposiciones jurídicas, se debe optar por aquella que resulte más beneficiosa para el dependiente laboral. En palabras de la Corte Constitucional:

“El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, “los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”, respetando el principio de inescindibilidad de la norma,

esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece²⁴.”

Al respecto la sección segunda ha precisado:

“En relación con el principio de favorabilidad alegado en el recurso de apelación, la subsección observa que este se presenta cuando al momento de causarse algún derecho se está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas vigentes que proveen una solución al caso, se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, no obstante en el presente caso, dichos presupuestos no se dan, pues las normas aplicables son los Decretos 2400, 3135 de 1968 y 1848 de 1969, y analizadas las pruebas, el demandante no cumple con exigencias previstas en la mencionada normativa²⁵.”

Como puede observarse, se llega a una primera conclusión: la ley 476 de 1998 modificó el artículo 14 de ley 4 de 1992, por lo que a partir de la entrada en vigor de esta norma, la prima especial debe reconocerse a los Fiscales que se hayan acogido al régimen salarial y prestacional consagrado en el Decreto 53 de 1993, así como a quienes se hayan vinculado de manera posterior. Empero, el ejercicio de argumentación que exige la generación de un precedente judicial obliga a un análisis que no sólo se detenga en las disposiciones legales aplicables al caso, sino también el estudio de las posturas jurisprudenciales que anteceden la presente decisión.

D. La jurisprudencia de la sección segunda que antecede la unificación.

Además de lo dicho en el numeral anterior, la unificación resulta necesaria comoquiera que la jurisprudencia de la sección segunda sobre la prima especial ha abordado dos aspectos: a. el control de legalidad de los decretos que en su momento consagraban este emolumento para los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y; b. los pronunciamientos en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales en su inmensa mayoría ha referido a si este derecho debía ser reconocido en el periodo comprendido entre los años 1993 y 2002. Por contera, no se han resuelto los interrogantes que se han formulado, específicamente en lo referente a qué funcionarios (acogidos o no acogidos) se les debe reconocer la prima especial y cuál es la situación jurídica de ésta a partir del año 2003. Para ilustrar mejor lo señalado se identificarán las líneas jurisprudenciales que en la materia se han establecido por esta sección.

D.1. Las nulidades de los decretos reglamentarios que consagraron la prima especial para los empleados de la Fiscalía que se acogieron al régimen

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-088 del 8 de marzo de 2018. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 28 de mayo de 2020. Rad: 20001-23-33-000-2016-00149-01 (4561-17). M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

establecido en el Decreto 53 de 1993 o que se incorporaron de manera posterior a la entidad.

La Sección se pronunció en sentencia del 15 de abril de 2004²⁶, respecto de la solicitud de nulidad del artículo 8 del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000. Debe aclararse que en esta oportunidad el concepto de la violación se circunscribía a establecer que el gobierno nacional se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reconocer la prima especial a aquellos funcionarios de la Fiscalía, para los cuales los artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991 estableció un sistema de remuneración estructurado con base en el salario único global – salario integral.

Así las cosas, se indicó que no existía autorización para fraccionar de manera artificial la asignación mensual, otorgándole a un porcentaje (el 30%) el carácter de prima de servicios. Subraya que cuando el legislador profirió las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998, partió de la base de que tal prima no existía para los empleados de la Fiscalía, por lo que le devolvió el carácter de salario para que se tuviera en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación.

En esta oportunidad la sala declaró la nulidad de la norma demandada porque el gobierno nacional no estaba facultado para establecer la prima especial respecto de los funcionarios que opten por la escala de salarios establecida para la Fiscalía General de la Nación con efectos a partir del 1º de enero de 1993. A esta conclusión se arriba, bajo el entendido de que fue voluntad del legislador excluir de este beneficio a quienes proviniendo de la rama judicial decidieron cambiar su régimen salarial por el consagrado en el decreto 53 de 1993. Adicionalmente, se aclara que esta excepción también se extiende para los servidores que se hayan vinculado de manera posterior a la entrada en vigor de esta norma, porque no entenderlo de esta manera generaría un trato discriminatorio. Respecto de la ley 332 de 1996, se estableció que sólo se introdujo un cambio a la ley marco, pues señaló que la prima especial hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. Por su parte, respecto de la ley 476 de 1998, se dijo que ésta al tener un carácter aclaratorio no contiene una modificación esencial a aquello dispuesto por la ley 4 de 1992. Finalmente, se establece que la prima especial tiene naturaleza sobresueldo, pero dado que fue recibida de buena fe no existe obligación de reembolso.

En esta providencia se reitera lo que ya se había sostenido en la sentencia del 14 de febrero de 2002, en la que se declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 38 de 1999. En esta oportunidad la corporación sostuvo:

“En virtud de lo previsto en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima a que ella se contrae a favor de los servidores que allí se enlistan, mas no respecto de los funcionarios que opten por la escala de salarios establecida para la Fiscalía General de la Nación con efectos a partir del 1º de enero de

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 15 de abril de 2004. M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Exp. 11001-03-25-000-2001-0043-01 (712-01).

1993, los cuales no son otros que los servidores de esa entidad a los que se refiere el Artículo 2º del Decreto 53 de 1993. Empero, la Sala estima que esta excepción cubija también a los servidores de la entidad que por mandato del Artículo 1º 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. Esta es la significación atribuible a la aludida excepción, pues limitarla sólo a los servidores de la Fiscalía provenientes de la Rama Judicial que decidieron acogerse al régimen salarial previsto en el Decreto 53 de 1993, implicaría un trato desigual para el personal de esa institución que por mandato del Artículo 1º de ese decreto está sometido al régimen salarial establecido en el Artículo 3º ibídem, vale decir, para aquellas personas que ingresaron a esa institución con posterioridad a la vigencia del citado decreto. Si la excepción contemplada en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se extiende a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sujetos al régimen salarial previsto en el Artículo 3º del Decreto 53 de 1993, bien por mandato del Artículo 1º ejusdem -los que ingresaron después de su expedición-, o por decisión propia de aquellos que ya venían vinculados pero que habían continuado sometidos a las disposiciones que en esta materia los venían gobernando (Artículo 2º ibídem), forzoso es concluir que el Artículo 7º del Decreto 38 de 1999, objeto de impugnación, **contraría lo normado en el artículo mencionado de la citada ley, por cuanto por mandato del legislador, unos y otros quedaron excluidos de la posibilidad de ser beneficiarios de la prima especial de servicio a que el mismo se contrae. Por esa razón no le era dable al Gobierno Nacional, invocando como sustento las disposiciones contenidas en esa ley, otorgar, por medio de la norma enjuiciada, el carácter de prima especial de servicios al 30o/o del salario básico mensual fijado en el Artículo 4º ejusdem para los servidores de la Fiscalía que allí se enlistan. Ha de concluirse que la anulación del artículo enjuiciado no tiene incidencia alguna en la escala de remuneración establecida en el Artículo 4º del Decreto 38 de 1999, **pues de la no existencia de esa norma lo único que se desprende es que la remuneración prevista en él para los servidores de la Fiscalía a que se hace mención en los Artículos 1º y 2º ejusdem, en su totalidad, sin excepción alguna, esto es, incluyendo a los funcionarios mencionados en el Artículo 7º, tiene exclusivamente una connotación salarial y no otra distinta,** como sí la tuvo para estos últimos el 30% de sus salarios durante la vigencia de la norma demandada”²⁷.** (Subraya y negrilla fuera de texto)

De manera posterior, se analizó por la corporación la legalidad 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. En esta oportunidad la sección reitera la incompetencia del gobierno nacional para regular la prima especial para los empleados de la Fiscalía que se hubieran acogido al régimen salarial previsto en el Decreto 53 de 1993 o que se hubieran vinculado después de su entrada en vigor. Esta providencia tiene un punto diferencial, el señalar que el 30% reconocido hasta ese entonces por el gobierno nacional en realidad hacía

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2002. Exp. 11001-03-25-000-1999-0031-00 (197-99). M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Así mismo, se reiteró por la sección segunda en la Sentencia del 15 de julio de 2004. Exp. 11001-03-25-000-2002-0178 (3531-02). C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

parte del salario, de hecho el haberlo concebido de otra manera generó el defecto de desviación de poder:

*“El cuestionamiento de los actos acusados se basa, en síntesis, en la incompetencia del Gobierno Nacional para consagrar la aludida prima, respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que hubieren optado por la escala de salarios establecida para esa entidad con efectos a partir del 1º de enero de 1993, por cuanto en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se les excluyó expresamente de la posibilidad de que la misma se establezca a su favor, y en la violación de las normas legales y de los preceptos constitucionales a que se hizo mención, **pues al imputar como prima especial de servicio una parte del salario de algunos de aquellos funcionarios, se desconocieron los principios, las reglas generales, objetivos y criterios que gobiernan la fijación del régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, circunstancias que, en sentir del demandante, generan la configuración de la causal de nulidad denominada desviación de poder.** Ya la Sala de esta Sección, al examinar la legalidad del artículo 8 del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, que contemplaba en los mismos términos de la norma acusada la prima especial de servicios, mediante sentencia reciente del 15 de abril de 2004, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Exp: 712-01, se pronunció declarando la nulidad el Artículo 8º del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000, mediante el cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación. Los argumentos que expuso otrora la Sala son perfectamente aplicables al caso sometido a estudio, lo que impone adoptar la misma decisión, declarando la nulidad de las normas demandadas, las cuales son del mismo tenor que la que se examinó en el precitado expediente 712-01”²⁸.*

Bajo el mismo concepto de la violación, se declaró en sentencia del 13 de septiembre de 2007: 1. La excepción contenida en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 se refería a los servidores públicos que se vincularon por primera vez o que, siendo incorporados de otras entidades públicas, se acogieron a la escala de salarios prevista en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991, por lo cual a éstos no les está reconocida la prima especial sin carácter salarial; 2. Asimismo, el régimen contemplado en el Decreto 53 de 1993 comprende precisamente a quienes cobijaba la escala salarial del artículo 54 del Decreto 2699 de 1991 y se aplicaba a quienes se vincularan con posterioridad a su entrada en vigencia. A estos últimos tampoco se les reconoce la prima especial y se encuentran, por tanto, dentro de la excepción contemplada por la ley marco; 3. Bajo esta óptica, el reconocimiento que se hace en las disposiciones cuestionadas es contrario a la norma superior pues *“como se ha venido haciendo claridad, estos [servidores], precisamente, eran los que la citada ley señalaba como no destinatarios de la prima especial”²⁹*, y; 4. La declaratoria de nulidad no implicó una disminución de la asignación, al contrario se unificó la posición de la sala y se concluyó que, al no haber sido

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Exp. 11001-03-25-000-1997-17021-01(17021). M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. 11001- 03-25-000-2003-00113-01 (478-03). C. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

reconocida la prima especial, el 30% no puede entenderse como un sobresueldo sino como parte del salario. Al respecto la corporación sostuvo:

*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.** Por medio de sentencia de fecha 15 de julio de 2004 Exp. No. 3531-02 se declaró la nulidad del artículo 7º del Decreto 685 del 10 de abril de 2002 acogiendo el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 15 de abril de 2004 Exp. 712-01 que declaró la nulidad del Artículo 8º del decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000. Y, mediante sentencia de fecha 3 de marzo de 2005 Exp. No. 17021 M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero se declaró la nulidad 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, acogiendo a su vez y en su integridad, los argumentos expresados en la sentencia de 15 de abril de 2004 Exp. 712-01 como fundamento de la decisión. 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 declarará la nulidad sólo de los artículos 7 del decreto 50 de 1998 y 8º del decreto 2729 de 2001, en cuanto que respecto de las restantes normas acusadas debe estarse a lo resuelto en las sentencias de fecha 15 de julio de 2004 (Exp. No. 11001-03-25-000-2002-0178-01 (3531-02) y 3 de marzo de 2005 (Exp. No. 11001-03-25-000-1997-17021-01 (17021), advirtiendo que, como consecuencia de tal declaración, los servidores públicos enlistados en tales disposiciones que habían optado por el régimen se salarios de la Fiscalía General de la Nación con efectos fiscales a partir del primero (1º) de enero de 1993, para efectos de liquidación de las prestaciones sociales a que haya lugar, no eran los destinatarios de la referida prima especial sin carácter salarial. Se advierte igualmente que como consecuencia de la declaración de nulidad de las disposiciones aquí atacadas, no se les reducen sus ingresos mensuales, en razón a que tales normas no habían establecido un "sobresueldo", como se expresó en la sentencia de 14 de abril de 2004 dictada en el proceso 712-02, actor: EVERARDO VENEGAS AVILAN**"³⁰.*

De la jurisprudencia referenciada se pueden extraer inicialmente dos conclusiones: 1. La falta de competencia del gobierno nacional para reconocer la prima especial consagrada en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 a los empleados de la Fiscalía General de la Nación; 2. La exclusión del emolumento económico es clara para los servidores públicos que se acogieron a la escala salarial de la Fiscalía General de la Nación y a quienes se incorporaron de manera posterior; 3. El 30% que se reconoció entre los años 1993 y 2002 no constituye un sobresueldo sino parte del salario, por lo que las nulidades simples no pueden conducir a una desmejora, y;

³⁰ *Ibidem*.

4. La sección no encuentra contradicción aparente entre la el artículo 14 de la ley 4 de 1992 y las leyes 332 de 1996 y 476 de 1998, en particular en lo que respecta esta última, pues al ser aclaratoria no cambia la voluntad inicial del legislador.

Las providencias referenciadas tienen efectos erga omnes, razón por la cual deben ser tenidas en cuenta en cualquier análisis que haga el juez administrativo sobre la materia para resolver casos concretos. Esta obligación se refuerza en una sentencia de unificación en la que se hace un ejercicio de argumentación respecto de las líneas que quieren reforzarse o modificarse y, por ende, se permite precisar cuáles son los fundamentos normativos que justifican o no el *petitum* en el mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho. Pareciera entonces que gran parte de los interrogantes que se han formulado ya han sido resueltos por la Sección Segunda, no obstante, se insiste, es pertinente precisar aspectos referentes, no solo quienes tienen o no derecho a la prima especial, sino también a la situación que se genera desde el año 2003, dado que a partir de este momento no vuelve a ser regulada esta prestación para los empleados de la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, es relevante precisar el alcance de la ley 476 de 1998, para establecer si realmente se está ante una aclaración o si se generó una antinomia.

Cada uno de estos pronunciamientos conducen a la conclusión inicial de la exclusión del reconocimiento de la prima especial a los funcionarios de la Fiscalía que acogieron el régimen salarial del Decreto 53 e 1993 o a quienes se hayan vinculado con posterioridad. Sin embargo, la sala se apartará de lo afirmado por las siguientes razones: 1. Aunque en algunos de los fallos se afirmó que la ley 476 de 1998 tenía una función de aclaración, lo cierto es que en las providencias referenciadas no se hizo una confrontación directa con esta norma sino sólo con la ley 4ª de 1992; 2. Como ya se afirmó, la ley 476 terminó reconociendo este derecho a partir del año 1998 al generarse una antinomia; 3. Así las cosas, a partir de este momento el ejecutivo contó con la autorización normativa para regular esta prestación, y; 4. La consecuencia real de los fallos de nulidad simple luego de algunas contradicciones fue el reconocer que el 30% que se pagó en aplicación de los decretos expedidos hasta el año 2002 por el gobierno nacional, hacía parte del salario y, por tanto, no se canceló el sobresueldo que se reguló en el artículo 14 de la ley marco. Por contera, se arriba a una segunda conclusión: a partir del año 1998, los funcionarios de la Fiscalía tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico, es decir adicional al 100% que se paga como asignación básica.

D.2. La línea jurisprudencial en sede de nulidad y restablecimiento del Derecho.

La sección segunda cuando se ha ocupado de resolver demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, siguiendo la línea jurisprudencial citada en el aparte precedente, ha negado la reliquidación de prestaciones sociales con la inclusión del 30% correspondiente a la prima especial reconocida a los empleados de la Fiscalía General de la Nación, por considerar que dichos reconocimientos adolecían de justa causa pues, como ya se dijo, en la sentencia de abril de 2004,

en la que se declaró la nulidad de algunos de los decretos del Presidente, el dinero recibido tenía la naturaleza de sobresueldo, cosa diferente es que al haber sido recibidos de buena fe no existía la posibilidad de reclamar su devolución³¹. En materia de reclamación de cesantías, se establecía que una vez se notificaba su reconocimiento, este debía ser cuestionado judicialmente dentro de los 4 meses siguientes, pues no se trata de una prestación de carácter periódico³².

De manera posterior, la corporación matizó su postura estableciendo que el 30% consagrado en los decretos que regulaban la prima especial para los empleados de la Fiscalía no son un concepto adicional al salario mismo, de hecho se reitera que el gobierno no estaba facultado para crear un emolumento diferente, por lo que se insinúa que la atribución se restringía a determinar qué porcentaje del salario podía constituir una prima especial sin carácter salarial. Para comprender mejor esta pequeña variación jurisprudencial se transcribe un aparte de la providencia del 19 de julio de 2006:

“Ahora bien, no obstante que los citados Decretos previeron en el artículo correspondiente que el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los servidores públicos que allí se relacionan, entre ellos el de FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES MUNICIPALES Y PROMISCUOS sería prima especial y que tal disposición fue anulada por el Consejo de Estado a través de la sentencia referida pudiendo afirmarse que los demás decretos que fijaron el mentado régimen podían ser inaplicados en lo pertinente por ser del mismo tenor, la Sala observa que ello no implicaría la disminución salarial en un 30% sino está significando que la mentada prima hacía parte del salario y que no era nada adicional al mismo.

“Es más, aún cuando es claro que el Gobierno Nacional no estaba facultado para ESTABLECER el señalamiento porcentual a título de prima para servidores como el actor, aspecto que fue el que se analizó en la sentencia referida, puede afirmarse en gracia de discusión, vale decir bajo el supuesto hipotético de que el Gobierno Nacional sí ostentaba esa competencia, que dicha autoridad no estaba autorizada para CREAR UNA PRIMA ADICIONAL sino para determinar qué parte del salario constituiría PRIMA ESPECIAL sin carácter salarial”³³.

La anterior construcción se desprende directamente de la existencia de tres regímenes salariales al interior de la Fiscalía General de la Nación, siendo uno de ellos precisamente el de los Empleados que optaron por el régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se vincularon con posterioridad a su entrada en vigor. El juez reitera que son precisamente estos dependientes laborales los excepcionados de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la ley 4 de

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de febrero de 2005. Exp. 05001-23-31-000-1998-03117-01 (5675-03). C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Ver también: Subsección B. Sentencia del 6 de octubre de 2005. Exp. 05001-23-31-000-1999-01554-01 (0263-04). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 1 de septiembre de 2005. Exp. 05001-23-31-000-1999-01034-01(3864-03). M.P. Jesús María Lemos Bustamante. Ver también: Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 22 de febrero de 2007. Exp. 05001-23-31-000-2000-03163- 01(0451-04). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de julio de 2006. Exp. 05001-23-31-000-2003-01219-01 (4379-05). C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

1992. De nuevo, la jurisprudencia guarda coherencia con las diferentes nulidades de los decretos proferidos por el Presidente de la República, las cuales fueron analizadas en el aparte anterior.

*“Teniendo en cuenta la normatividad transcrita y lo expresado por la Procuradora Delegada ante esta Corporación, en la Fiscalía General de la Nación **subsisten tres (3) regímenes salariales con diferentes matices y el demandante optó por el previsto en el Decreto 053 de 1993**, siendo el que efectivamente le aplicó la accionada como consta en la certificación expedida por la Pagaduría del Ente acusado (51-83), quiere decir que la prima especial allí prevista no tiene carácter salarial, razón por la cual el actor no tiene derecho a lo reclamado en este proceso.*

*“En conclusión **la prima especial del 30% no existe para quienes se encuentren regulados salarialmente por la escala prevista en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991, y como quiera que el accionante en los hechos de la demanda aceptó que por decisión libre optó por el de la Fiscalía General de la Nación (Fl. 12) y como el Decreto 053 fue publicado en el Diario Oficial No. 40.711 de 7 de enero de 1993, quiere decir, que le es aplicable lo allí previsto**”³⁴.*

En el año 2010, la sección segunda no sólo reitera el que la ley 4ª de 1992 excluyó de la prima especial a los empleados de la Fiscalía General de la Nación, sino que además denotó aquello que ya se señaló en el literal precedente, es decir, que en la jurisprudencia que declaró la nulidad de varios de los decretos proferidos por el Presidente de la República, en algunos casos señalando que se trataba de una remuneración directa del trabajo y en otros refiriéndose a ella como un sobresueldo, aspecto que condujo a que en sentencia de 13 de septiembre de 2007, se dijera que el 30% previsto en estas normas realmente es parte del salario. Esto resulta de gran importancia para la decisión a tomar, pues la liquidación de prestaciones a título de restablecimiento del derecho sólo se podría realizar respecto de aquellos años en los que se definió al porcentaje de prima especial con el carácter de salario, específicamente los años 1998, 1999 y 2001. Por su parte, se indicó que *“...no puede predicarse que la obligación se haya hecho exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año, **porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos**”³⁵.*

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 22 de febrero de 2007. Exp. 05001-23-31-000-2000-03163-01 (0451-04). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2005-06222-01(1469-07). C.P. Alfonso Vargas Rincón. Consultar también. Subsección B. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2003-00821-01(2603-08). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Subsección B. Sentencia del 8 de abril de 2010. Exp. 14001-23-31-000-2003-00798-01(0723-08). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 7 de octubre de 2010. Exp. 25000-23-25-000- 2005-08566-01(2174-07); Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 10 de noviembre de 2010. Exp. 41001-23- 31-000-2003-01178-01(0714-08). C.P. Alfonso Vargas Rincón; Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 10 de noviembre de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2003-00815-01(0748-08). C.P. Alfonso Vargas Rincón; Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 4 de agosto de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2005-08361-01(2043-09). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En otros términos, se reconoció que la sentencia del año 2002 tuvo un carácter constitutivo, pues fue a partir de la sentencia del 14 de febrero de ese año, en la cual se anuló el artículo 7 del Decreto 50 de 1998, que se puede comenzar a contabilizar la prescripción, pues es justo en este instante en el que nace el derecho a la liquidación de prestaciones sociales, incluyendo aquí al 30% correspondiente a la prima especial. En palabras de la sala:

“El término prescriptivo en estos casos sólo se contabiliza teniendo en cuenta la primera sentencia que decidió anular la expresión “sin carácter salarial” contenida en el artículo 7° del Decreto No. 050 de 1998 y que fue emitida el 14 de febrero de 2002, por ser el momento a partir del cual surgió para el funcionario una expectativa legítima de un derecho que se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, por lo que es claro que sólo en ese instante se puede afirmar que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirige la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial. En consecuencia, si la sentencia fue emitida el 14 de febrero de 2002 y la petición la elevó la actora el 14 de septiembre de 2004 es evidente que no operó el fenómeno prescriptivo”³⁶.

En el mismo año se llega a idéntica conclusión para el reconocimiento de las cesantías, pues aunque estas no se consideran una prestación periódica, la prescripción debe contarse desde el momento en que se ejecutorió la sentencia de 14 de febrero de 2002, que declaró la nulidad de la expresión “sin carácter salarial”. Al respecto la corporación señaló:

*“No se configura la prescripción trienal de que trata el artículo 102 del Decreto No. 1848 de 1969, porque la primera sentencia que decretó la nulidad de la expresión “sin carácter salarial” contenida en el Decreto No. 050 de 1998, fue emitida el 14 de febrero de 2002, al paso que la primera petición de la demandante fue hecha el 11 de mayo de 2004 (Fl. 8), **de lo cual se sigue que no pasaron los tres años que se toman para la prescripción. Como se aprecia, el primer límite de la prescripción, está en el momento en que la sentencia retiró del ordenamiento la norma que impedía el ejercicio del derecho a que el 30% se tomara como salario. Es notorio entonces que no puede correr la prescripción contra quien no sabe que tiene un derecho o si este no ha nacido. Y justamente es lo que acontece en este caso, pues la existencia del derecho a que se liquiden las cesantías y prestaciones, con inclusión de la Prima Especial como factor salarial, emerge de la sentencia que declaró nula la exclusión de dicho factor, y si la sentencia se dictó el 14 de febrero de 2002, gozaba la parte demandante de tres años para formular su reclamación, la que hizo oportunamente el 11 de mayo de 2004.** Tampoco se configura la caducidad porque la demanda fue presentada dentro de los 4 meses siguientes a cuando hubo el silencio*

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2005-04552-01(0395-09). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

*administrativo por ausencia de respuesta a la petición hecha por la parte demandante*³⁷.

De manera posterior, la jurisprudencia señaló que el porcentaje de la asignación a título de prima especial debía ser reconocido como factor salarial durante el periodo comprendido entre los años 1993 y 2002. Razón por la cual debía ser tenida en cuenta como base liquidatoria de las prestaciones sociales, de forma tal que se incluyeron los años a los que la jurisprudencia anterior no había reconocido tal carácter, por considerar que esta interpretación “...desconocía derechos laborales prestacionales y principios constitucionales, pues 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”³⁸.

Lo anterior es ratificado por la Sala cuando afirma:

*“Así las cosas, se dijo en el precedente citado –el cual aunque analizó la legalidad de un decreto que regula el régimen salarial y de prestaciones de los servidores de la Rama Judicial, pero que resultaría aplicable en este evento, porque el tema central no es otro que el aquí se reclama, sólo que para los empleados de la Fiscalía General de la Nación–, que los efectos de la declaración de nulidad de la norma que le restaba el carácter salarial al 30% de la remuneración mensual, no podía considerarse dentro de un marco restrictivo, es decir, dirigida solamente a aquellos servidores que señaló en los numerales 1º, 2º y 3º el artículo 7º del Decreto 618 de 2007, **sino que el castigo que sobre ese porcentaje impuso la norma que se invalidó, debía desaparecer para todos aquellos que en razón de esa limitación percibieron únicamente el 70% de la escala remuneratoria prevista en el referido decreto salarial, en lo que tenía que ver con la liquidación de sus derechos salariales y prestacionales. En este orden de ideas, el restablecimiento del derecho en el caso que nos ocupa, significaría para la actora el reconocimiento de la prima especial del 30%, como factor para incrementar el cómputo de sus prestaciones sociales por todos estos años**”³⁹.*

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 8 de abril de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2004-08387-01(0115-08). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Sección Segunda. Sentencia del 7 de octubre de 2010. Exp. 41001-23-31-000-2003-00816-01(1510-08). C.P. Gustavo Gómez Aranguren; Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 27 de enero de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2005-01110(1871-11). C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de agosto de 2012. Exp. 05001-23-31-000-2004-05033-01(2205-10). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de marzo de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2005-03331-01(1345-08). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2011. Exp. 41001-23-31-000-2003-00818-01(0168-09). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 21 de noviembre de 2011. Exp. 41001-23-31-000-2003-00819-01(0052-09). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 21 de abril de 2016. Exp. 05001-23-31-000-2003-01220-01(0239-14). C.P. William Hernández Gómez.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 7 de febrero de 2013. Exp. 25000-23-25-000-2005-03178-02(0837-11). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero

Por otra parte, la sección es consciente que a partir del año 2003 la prima especial no fue regulada en los decretos anuales proferidos por el Presidente de la República; sin embargo, esto no significa que las prestaciones sociales no deban liquidarse sobre el 100% del salario devengado, dentro del cual debe incluirse el 30% que en las normas anteriores se consideraban prima especial. En palabras de la corporación:

*“De manera que, aplicando el precedente jurisprudencial al presente asunto, le asistía a la parte actora el derecho a la inclusión en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas en los años 2002 -2003 del porcentaje del 30% que a título de prima especial se le cancelaba, **pues en los periodos posteriores que reclama no se encuentra que se haya liquidado esta prestación.** En efecto, como bien lo expuso el tribunal, **a pesar de que la determinación legal contenida en el artículo 7 del Decreto 685 de 2002, no fue reproducida en los Decretos salariales de los años posteriores, como lo es el Decreto 3549 de 2003, la entidad debió liquidar para ese año las prestaciones sociales sobre el 100% de su salario, es decir, sin restarle el 30% que venía considerándose como prima especial que no constituía factor salarial.** Como no fue así, se ordenará mediante este proveído”⁴⁰.*

Finalmente, debe advertirse que aunque en la sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019 se hizo referencia a la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que el precedente allí establecido, dado el supuesto fáctico que se debatía, se aplica de manera exclusiva a quienes hacen parte de la rama judicial, por lo que es importante precisar reglas claras que tengan en cuenta la evolución jurisprudencial que se ha expuesto. Por contera, si se revisa la evolución de la jurisprudencia, se admite que aquello que en su momento se estableció como prima especial, en realidad hace parte del salario, pero queda la duda de si en la actualidad, luego de los pronunciamientos en sede de nulidad simple y de la ausencia de regulación de esta figura desde el 2003, se puede reconocer un incremento correspondiente al 30% del salario. Por esta razón, el análisis que se propone no cambia lo dicho por la sala para los jueces, pero precisa si en casos como el que se debate en este proceso es posible aplicar las siguientes reglas:

“La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. La prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación.

1. Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 como funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría entre otros tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 13 de junio de 2013. Exp. 25000-23-25-000-2005-04563-01(1770-11). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

*Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente*⁴¹.

Como se señaló en el apartado anterior, el reconocimiento a la prima especial se desprende de la regulación realizada en la ley 476 de 1998 y, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, se estableció que aquello que se había reconocido constituía una parte del salario y no el sobresueldo reclamado por la accionante. Empero, es necesario recordar que desde el año 2003 el Gobierno Nacional en los Decretos que fijan anualmente al régimen salarial de la Fiscalía no reguló este emolumento, por lo que el interrogante que se desprende es si las reclamaciones posteriores al año 2002 tienen vocación de prosperidad, pues en palabras del juez de primera instancia no existe fundamento normativo para que opere su reconocimiento.

La respuesta al anterior interrogante debe ser afirmativa por las siguientes tres razones: 1. La ley 4ª de 1992, reconoce el derecho a la prima especial, lo que difiere al gobierno nacional es el establecer el porcentaje que se asignará a la misma, el cual en todo caso no puede ser inferior al 30%; 2. La prima especial fue reglamentada hasta el año 2002 para los funcionarios de la Fiscalía que se acogieron al régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y allí se estableció que debía pagarse el 30% del salario básico; 3. Ante la existencia de un imperativo legal y el reconocimiento de un derecho por vía reglamentaria que posteriormente es suprimido, el operador debe aplicar el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, en este caso concreto, aquellos derivados de una relación de derecho administrativo laboral.

Respecto del último punto, debe recordarse que, de acuerdo con el principio de progresividad “...una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social, existe prima facie **la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso...**⁴²” Así las cosas, la determinación de si la no inclusión desde el año 2003 de la prima especial en los Decretos que regulan el régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación genera un retroceso requiere constatar que exista una disposición normativa previa que haya consagrado el derecho que se reclama⁴³. Este aspecto se presenta porque, como se dijo, no sólo las leyes 4ª de 1992 y 476 de 1998 consagran el derecho, sino que el mismo fue previsto por el Gobierno Nacional anualmente hasta el año 2002. Ante esta realidad resulta indiscutible la necesidad de no disminuir el nivel de protección conseguido, aspecto que no sólo es un mandato reconocido en el artículo 53 de la Constitución sino además en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala plena de Conjuces. Sentencia del 2 de septiembre de 2019. Exp. 41001-23-33-000-2016-00041-02(2204-18). Sentencia de Unificación SUJ-CE-S2- 2019. M.P. Carmen Anaya de Castellanos.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 8 de junio de 2017. Rad: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0685-10). M.P. Cesar Palomino Cortés.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad: 15001-33-33-010-2013-00134-01 (328-14). SUJ2-001-16. M.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2013. Rad: 73001-23-31-000-2011-00039-01 (0768-12). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia C – 644 del 23 de agosto de 2012.

E. La aplicación de la Prescripción Trienal.

E.1. La normatividad que fundamenta la prescripción trienal en las relaciones laborales de los empleados públicos y la necesidad de la figura para generar certeza y seguridad jurídica.

Como quiera que en la sentencia de 1ª instancia se declaró probada la excepción de prescripción y, por tanto, es uno de los aspectos cuestionados en la apelación, esta sala hará una precisión sobre el fundamento normativo, comoquiera que además de los artículos 41 del Decreto – Ley 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 la jurisprudencia de la sección segunda ha admitido la aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo.

En efecto, si se revisa con detenimiento el contenido del artículo 41 del Decreto – ley 3135 de 1968, podría establecerse fácilmente que la figura de la prescripción trienal se restringe a los derechos y obligaciones en él consagrados, no a emolumentos regulados en otras disposiciones, como sería el caso de la prima especial. Para llegar a esta conclusión bastaría con leer la norma:

*“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 del 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.”*
(Negrilla y Subraya fuera de texto)

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, repite exactamente la misma fórmula, como es lógico en una norma de naturaleza reglamentaria, pues de haber dado un alcance diferente se habría presentado una extralimitación.

*“**1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto**, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

“2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.” (Negrilla y Subraya fuera de texto)

De la transcripción realizada, podría derivarse que hacer una aplicación de las normas transcritas a prestaciones como la prima especial, la cual no se consagra en el Decreto – Ley 3135, resulta inapropiado debido a que la regulación realizada por éste es restrictiva. No obstante, una posición mas sistemática podría llevar a una conclusión diferente, si se tiene en cuenta que: 1. Se está ante la posibilidad de aplicar de manera analógica una norma ante un vacío existente; 2. Resulta más

apropiado acudir a una disposición que regula las relaciones laborales legales y reglamentarias en el Estado y no a una norma, como el código procesal laboral que, aunque general, se concibió para el adelanto de litigios en el que se debaten los extremos de una relación contractual, y; 3. Se señala que la relación laboral de un empleado público es estatutaria, porque las normas legales y reglamentarias que contienen sus deberes y derechos conforman una unidad, un sistema que permite que las condiciones en las que se presta el servicio estén predefinidas, lo cual incluye los tiempos previstos para exigir el reconocimiento de una condición subjetiva.

En gracia de discusión, si se asumiera una posición restrictiva y se adoptara la tesis de la no aplicación del Decreto – ley 3135 de 1968 y del Decreto reglamentario 1848 de 1968, tampoco podría afirmarse la inexistencia de un límite temporal para reclamar los derechos, como quiera que, frente a un vacío o laguna normativa, corresponde al juez contencioso administrativo hacer una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Esta posibilidad ya ha sido utilizada por la Sección Segunda quien de manera expresa ha afirmado que ante prestaciones no reguladas en el Decreto 3135 de 1968 es inviable apelar a la teoría de la imprescriptibilidad o incluso aplicar el Código Civil⁴⁵, toda vez que lo más lógico sería acudir a la legislación laboral⁴⁶.

Así las cosas, la segunda posibilidad sería utilizar el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, porque se trata de una norma general que cubre vacíos cuando se pretende utilizar acciones que sirvan para reclamar derechos derivados de “*leyes sociales*”, denominación otorgada a las normas laborales con independencia de su naturaleza pública o privada, lo que permite acudir a la figura de la analogía en aplicación del artículo 8º de la ley 153 de 1887⁴⁷, el cual dispone:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...”
(Negrilla y Subraya fuera de texto)

Para ofrecer mayor claridad, se transcribe lo sostenido por esta Corporación:

“Acudiendo al artículo 151 del Código Procesal Laboral en vigor de la pauta analógica, es dable concluir, que aún otorgando a esta norma un alcance estrictamente privatista, contiene una “materia común extensible para los empleados públicos, porque es innegable la relación laboral que surge respecto de ambas modalidades, luego existe una “materia semejante” que colma el vacío normativo regulador del régimen prescriptivo salarial para los empleados públicos.”

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 21 de marzo de 2002. Exp. 4238. Consejero Ponente: Ordóñez Maldonado, Alejandro

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

*“La norma referida **no tiene un alcance estrictamente privatista y siendo así, no existen elementos indicadores que permitan deducir que la expresión trienal está limitada a temas tratados específicamente para regular el sector privado.** En consecuencia, la prescripción contemplada en el artículo 151 del Código Procesal laboral, abarca los derechos tanto de los servidores públicos como de los trabajadores particulares, a menos que existan normas especiales que regulen los términos prescriptivos, verbigracia el artículo 23 del decreto – Ley 1045 de 1978”⁴⁸. (Negrilla y Subraya fuera de texto)*

Señaladas las dos posiciones, esta sala se decanta por la primera de ellas, pues como se dijo, el ejercicio de analogía se puede realizar también con el Decreto 3135 de 1968, lo que de suyo permite llenar una laguna apelando a las disposiciones que conforman el llamado estatuto de la función pública. Lo anterior se refuerza si se observa que se trata de una discusión teórica que no tiene efectos prácticos, pues si se observa con detenimiento, cualquiera de los caminos expuestos lleva a idéntica solución, la aplicación de la prescripción trienal en las relaciones laborales entabladas con los empleados públicos.

Aclarado lo anterior, la Sala recuerda al actor que la prescripción trienal (de naturaleza extintiva) tiene la función, en palabras del profesor Hinestrosa, de proteger el orden público y el interés general⁴⁹. Lo anterior, porque se trata de una institución cuyo fundamento es el generar condiciones de certeza y seguridad en el marco de las relaciones jurídicas, con independencia de si en éstas los sujetos son privados o uno de ellos tiene el carácter de público.

Por lo anterior, no es proporcionado que en un ordenamiento jurídico las reclamaciones o pretensiones no estén sujetas a un límite temporal, pues es ésta condición la que se encuentra ligada precisamente al principio de seguridad jurídica⁵⁰. Por ello, aunque lo normal es que la prescripción se alegue como excepción en los procesos contencioso administrativos, lo cierto es que su carácter es sustancial y no meramente formal, pues se trata de una consecuencia jurídico – negativa que prevé el legislador frente a una conducta omisiva: no ejercer a tiempo un derecho⁵¹. Por este motivo la doctrina ha sostenido:

*“...La presencia de la prescripción extintiva es indispensable por exigencias de tráfico jurídico **y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas, de claridad, de seguridad y de paz jurídicas, de orden y paz social,** y para sanear situaciones contractuales irregulares”⁵². (Negrilla y Subraya fuera de texto)*

En consecuencia, lo que salta a la vista es que el legislador ha previsto que los derechos propios de la relación laboral tienen un carácter transitorio, por lo que la ausencia de una actuación positiva por parte del titular genera que se retire toda

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 53.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*. Pág. 55 y 56.

protección del ordenamiento jurídico⁵³. Por consiguiente, no sólo se afecta la capacidad de accionar, sino que el derecho subjetivo a reclamar se extingue, de manera que “...el empeño de mantener la expresión obligación para designar algo que no es tal, carece por completo de la coercibilidad que identifica la figura, es del todo inconsistente. Una vez consolidada (declarada) la prescripción no hay mas derecho de crédito...”⁵⁴

Así las cosas, el Decreto – ley 3135 de 1968 consagra de forma clara cuál es el momento en el que se debe comenzar el conteo del término para que opere la prescripción trienal. Este aspecto resulta fundamental como quiera que debe aplicarse la siguiente premisa:

*“...una obligación es exigible cuando para su satisfacción y, por ende, para su cobro, **no es menester el advenimiento de hecho alguno cierto o incierto, determinado o indeterminado, esto es, que surgió pura y simple,** o que, de otra manera, tiene del todo allanado su camino⁵⁵.”*
(Negrilla y Subraya fuera de texto)

Por ello, el artículo el artículo 41 del Decreto – ley 3135 de 1968 dispone que:

*“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 del 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.”* (Negrilla y Subraya fuera de texto)

En conclusión, los argumentos expuestos dan respuesta clara a la discusión planteada en la sentencia de primera instancia: no puede afirmarse que los derechos laborales sean imprescriptibles toda vez que, aunque se trate de derechos ciertos e irrenunciables, no por ello puede desconocerse la ponderación que el mismo ordenamiento jurídico realiza con el principio de seguridad jurídica, como quiera que la indeterminación temporal en el ejercicio de los derechos generaría la existencia de situaciones indefinidas, otorgándole un carácter absoluto al derecho de acceso a la administración de justicia.

E.2. La confusión que existe entre la posibilidad de reclamar en cualquier momento un derecho laboral por tratarse de una prestación periódica ante la prescriptibilidad de las consecuencias económicas derivadas de éste.

La Sala debe aclarar que aunque es cierto que el numeral 1º, literal c del artículo 164 del CPACA dispone que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho procede en cualquier tiempo contra “*actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas*”, no puede predicarse esta periodicidad de las consecuencias económicas de estas prestaciones. La premisa de la que parte

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 68.

⁵⁵ *Ibidem.* Pág. 119.

el legislador tiene sustento en situaciones de tracto sucesivo, propias de toda relación laboral, por lo que mientras ésta última subsista, los derechos legales y reglamentarios podrán ser exigidos si se presentan las condiciones que el ordenamiento jurídico establece. No obstante, no por ello puede pensarse, por ejemplo, que la discusión del derecho a que la prima especial se liquide correctamente implique que los montos derivados de tal reconocimiento puedan ser reclamados sin límite temporal alguno.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia ha realizado la siguiente precisión:

*“Ahora bien, que ciertos estados o, en mejores términos, "situaciones jurídicas" como el estado civil de las personas, las derivadas de las relaciones de familia, en materia laboral, el status de pensionado, etc., sean imprescriptibles, **no desconoce que los derechos crediticios surgidos de éstas o de cualquiera otra clase de obligación correlativa sí lo son. Al punto, importa recordar que las acciones surgidas de la relación de trabajo son de carácter personal, que entrañan créditos de carácter económico, como los salarios y prestaciones sociales, las cuales se pueden extinguir por no haber sido ejercidas por su titular en el tiempo que para el efecto concede la ley laboral.***

*“Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí **–debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo** previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas 'las acciones que emanen de las leyes sociales' del trabajo”⁵⁶. (Negrilla y Subraya fuera de texto)*

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de Julio de 2003. Rad: 19557. Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz. También se puede consultar de la misma corporación: Sentencia del 20 de noviembre de 2003. Rad: 21603 y Sentencia del 5 de Julio de 2006. Rad: 26033.

Por contera, respecto de la prima especial, aún cuando se genera dentro de la relación laboral, cabe señalar una diferenciación que se desprende de lo hasta ahora desarrollado: el reconocimiento del derecho puede pedirse en cualquier tiempo, cosa distinta es el efecto económico de este derecho, es decir, el valor mensual del mismo, que si está sometido al término de prescripción trienal. Si se observa, no puede argumentarse que por estar vigente la relación laboral con la Fiscalía y ser ésta de tracto sucesivo, debe entenderse que se trata de derechos crediticios que no encuentran límite temporal en su posibilidad de reclamación.

La jurisprudencia ha refrendado lo expuesto en varias oportunidades. Así, en materia pensional afirmó:

*“La connotación de derecho adquirido no implica que esté exento del fenómeno de la prescripción, entendido este como el límite temporal para el ejercicio del derecho, es decir, **que si el pensionado no hace valer su derecho dentro del periodo legal preestablecido, se presumirá que lo ha abandonado o renunciado a él. Luego entonces, es claro que la figura pretende castigar la desidia o negligencia de quien detenta el derecho y no ejerce su facultad de forma oportuna.** Empero, dada la naturaleza periódica y vitalicia de la pensión gracia, la prescripción **se aplicará exclusivamente respecto de las mesadas pensionales no peticionadas en tiempo, según lo establecen las normas aplicables a las prestaciones sociales**⁵⁷”.* (Negrilla y subraya fuera de texto)

En otra oportunidad, hizo la misma salvedad respecto de la prima técnica:

*“De igual forma dirá el Despacho, en atención a su tradición jurisprudencial, que teniendo en cuenta que los valores que se reclaman por concepto de prima técnica al constituir un factor salarial cuya causación es en forma periódica, es una prestación económica susceptible de ser demandada en cualquier tiempo, **sin perjuicio de la aplicación del medio extintivo de la prescripción sobre los mismos,** motivo por el cual, el tribunal dio aplicación a la prescripción a partir del 20 de enero de 2007, teniendo en cuenta que la última petición fue elevada en fecha 20 de enero de 2010, sin que respecto de las anteriores haya ejercido en tiempo la respectiva acción, razones por las que se declarará improcedente el presente recurso extraordinario de revisión”⁵⁸.* (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Sobre prestaciones sociales, específicamente la prima especial, se reitera:

“Reclama la demandante la reliquidación de sus prestaciones sociales, con inclusión del porcentaje establecido como prima especial (30%), situación que obliga a la Sala a estudiar el fenómeno de la prescripción. La ley le ha

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 29 de agosto de 2018. Exp. 25000-23-42-000-2012-01937-01(4877-15). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de 2018. Exp. 11001-23-25-000-2017-00318-00 (1491-17). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales de término indefinido, dado su carácter de imprescriptible por ello, es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; **sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las actuaciones que emanen de los derechos prestacionales.** Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas actuaciones⁵⁹.”(Negrilla y Subraya fuera de texto)*

Así las cosas, en el caso objeto de estudio: 1. El actor se encuentra vinculado desde 1º de diciembre de 1997 a la Fiscalía General de la Nación; 2. La prima especial, inicialmente no prevista para los funcionarios de la Fiscalía que se vincularon de manera posterior al año 1993 se reconoce desde el año 98 con la ley 476; 3. Dado que debe diferenciarse entre el reconocimiento del derecho a que la prima especial sea liquidada correctamente y la consecuencia jurídica del mismo, en el segundo evento debió hacerse la reclamación en tiempo para que no operara el fenómeno de la prescripción extintiva; 4. En el expediente se encuentra demostrado que la reclamación se realizó el 7 de diciembre de 2015⁶⁰, con lo cual la prescripción se interrumpió y, por ello, debe hacerse el reconocimiento de las prestaciones reclamadas retro trayendo desde este momento tres años, es decir desde el 7 de diciembre de 2012.

F. La sentencia de unificación del Consejo de Estado y las implicaciones para la autoridad administrativa.

La principal consecuencia de una sentencia de unificación es su cumplimiento por quienes tienen la competencia de responder las reclamaciones laborales. Lo anterior se desprende de la ley 1437 de 2011, la cual establece en su artículo 10 un deber en cabeza de las autoridades administrativas de aplicar el derecho de manera uniforme, teniendo en “...cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. Esto porque el acatamiento del precedente judicial es garantía de derechos y valores constitucionales, entre ellos: la igualdad, el debido proceso, el principio de legalidad, la proscripción de la arbitrariedad, entre otros. De hecho, esto ya fue considerado por la Corte constitucional quien señaló:

“El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (Arts. 29, 121 y 122 C.P.); (ii) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad, implica

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 4 de marzo de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2005-06222-01(1469-07). Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón

⁶⁰ Folios 3 a 8 del cuaderno principal.

la responsabilidad de los servidores públicos (Arts. 6º y 90 C.P.); y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (Art. 13 C.P.).

“19.6. En caso de concurrencia de una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; **ya que para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces**”⁶¹. (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Como puede observarse, la Corte Constitucional reitera la regla prevista por el legislador, pues ante la existencia de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, es clara su aplicación obligatoria por parte de la autoridad administrativa, **quien en la resolución de cada caso que guarde identidad con el debatido en la sentencia, debe acoger la interpretación asumida en sede judicial.** Esta Corporación reitera la conclusión a la que se arriba del siguiente modo:

“La extensión de jurisprudencia permite a las autoridades públicas **tener certeza en las decisiones que adoptan al resolver reclamaciones de las que deben ocuparse; evita que el ciudadano se vea obligado a acudir a un proceso judicial, con todo lo que ello implica, para que se resuelvan sus pretensiones en relación con casos iguales que ya han sido decididos a través de sentencias de unificación** y reduce los niveles de congestión en la Administración de Justicia, bondades del mecanismo que redundan en un sistema jurídico más armónico y coherente que permite la realización de principios y garantías como la igualdad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la celeridad y la economía procesal”⁶². (Negrilla y Subraya fuera de texto)

Lo sostenido es armónico con lo consagrado en el artículo 102 del CPACA, el cual establece que es obligación de las autoridades administrativas extender los efectos de una sentencia de unificación, fijándose un procedimiento administrativo en el que caso por caso debe determinarse: 1. Si la acción judicial no ha caducado. Se agrega que tratándose de derechos laborales es menester determinar si no ha operado el fenómeno de la prescripción; 2. Que el supuesto fáctico a analizar sea idéntico o análogo al estudiado por el juez administrativo; 3. Que se aporten las pruebas que justifican el derecho cuyo reconocimiento se solicita, y 4. Que se diga expresamente en la solicitud que se esta pidiendo una extensión de jurisprudencia. Por contera, la única posibilidad de apartarse del precedente judicial será el argumentar que no hay elementos probatorios suficientes o que se trata de una situación fáctica o jurídica distinta a la decidida en sede judicial. De hecho, si se considera que la interpretación judicial no es la apropiada, esto podrá ser objeto de revisión por el Consejo de Estado si el interesado utiliza la vía procesal consagrada en el artículo 269 de la misma codificación. En este último caso, los argumentos deben ser diferentes a aquellos

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 24 de febrero de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Exp. 11001-03-26-000-2013-00096-00 (47833).

que se sostuvieron en la contestación de la demanda al momento de proceder a la unificación de jurisprudencia, pues respecto de estos ya se ha fijado una posición determinada de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En consecuencia, los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa también se integran al sistema de fuentes al que debe someterse la autoridad administrativa, por lo que a partir de la ejecutoria de esta sentencia de unificación se genera una obligación en la Fiscalía General de la Nación de aplicar las reglas fijadas por la sala de conjueces cuando: 1. Uno de los beneficiarios de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 eleve una petición en la que pida una extensión de esta jurisprudencia; 2. Se demuestre que la prima especial no se ha reconocido como un incremento del salario básico y que por lo tanto las prestaciones sociales no han sido liquidadas correctamente por excluir un 30% que corresponde a este concepto; 3. Que se constate que existen medios probatorios que sustentan lo solicitado por el peticionario y; 4. Que se trate de derechos no prescritos y se esté en término para acceder a la justicia.

Así las cosas, en este punto se puede afirmar, que aunque la discusión jurídica presenta notorias diferencias con aquella que soportan las reclamaciones de los jueces, por todo el recorrido normativo y jurisprudencial que aquí se ha expuesto, en esencia las conclusiones a las que se arriban no difieren de las establecidas en la sentencia de 2 de septiembre de 2019 en la que se precisó el alcance del derecho a la prima especial que se reconoce a los funcionarios judiciales. Por contera, para los empleados de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron al régimen salarial previsto en el Decreto 53 de 1993 o que se vincularon con posterioridad se fijan las siguientes reglas :

1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor.

2. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. Se subraya que la discusión que se presentó en sede de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, se circunscribió a determinar la naturaleza del 30% que en su momento se descontaba del salario asignándole el carácter de prima especial. Luego de varias contradicciones jurisprudenciales finalmente se reconoció que este descuento no era adecuado sino que aquello que se pagaba correspondía en su totalidad a la asignación básica y no al sobresueldo reconocido por el legislador. De igual manera, no se hizo un análisis particularizado de la ley 476 de 1998 sino que la confrontación se realizó entre los decretos del gobierno proferidos desde 1993 hasta el 2002 y el artículo 14 de la ley 4ª de 1992.

3. Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho desde 1998 a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial.

4. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

G. El análisis del caso concreto.

Se encuentra probado en el proceso:

1. La demandante se ha desempeñado como Empleada de la Fiscalía General de la Nación en los siguientes cargos y periodos⁶³:

Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos (Dirección Seccional – Fiscalía Bogotá)	Desde el 12/01/1997
Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos (Dirección Seccional – Fiscalía Ibagué)	Desde el 30/03/2007
Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos (Dirección Seccional – Fiscalía Ibagué)	Desde el 17/03/ 2010
Fiscal Delegada ante los Jueces Penales Municipales y Promiscuos (Dirección Seccional – Fiscalía Ibagué)	Desde el 01/09/2010
Fiscal Delegada ante jueces municipales (Subdirección seccional de Fiscalías)	Desde el 01/01/2014. La comunicación que certifica las vinculaciones laborales es del 18/02/2016

Se encuentra también probado que del año 1997 al 2016 desempeño los siguientes encargos:

Del 01/09/2009 al 04/09/2009	Fiscal Delegada ante jueces municipales y promiscuos	Encargo de funciones
Del 04/01/2010 al 08/01/2010	Fiscal Delegada ante jueces municipales y	Encargo de funciones

⁶³ Constancias Nro. 15-2947 , 17-1211, 17-1210 emitida por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva. Folios 53 a 55 y

		promiscuos	
Del 18/02/2011	al	Directora seccional de la Fiscalía	Encargo del Empleo
Del 07/06/2011	al	Fiscal Delegada ante Jueces del Circuito	Encargo de Funciones.
Del 08/06/2011	al	Fiscal Delegada ante Jueces Especializados	Encargo del Empleo.
Del 05/07/2011	al	Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito	Encargo del Empleo.
Del 19/10/2011	al	Directora Seccional de Fiscalía	Encargo del Empleo.
Del 24/10/2011	al	Fiscal Delegada ante Jueces del Circuito	Encargo del Empleo
Del 21/11/2011	al	Directora Seccional de la Fiscalía	Encargo del Empleo
Del 01/01/2012	al	Directora Seccional de la Fiscalía.	Encargo del Empleo
Del 23/02/2012	al	Directora Seccional de la Fiscalía	Encargo del Empleo
Del 24/05/2012	al	Directora seccional de la Fiscalía	Encargo del Empleo
Del 22/08/2012	al	Directora Seccional de la Fiscalía	Encargo del Empleo
Del 20/11/2012	al	Fiscal Delegada ante Jueces del Circuito.	Encargo del Empleo
Del 25/01/2013	al	Fiscal Delegada ante Jueces del Circuito.	Encargo del Empleo

2. En el expediente obra constancia laboral de la asignación mensual devengada por el actor, en la misma se denota que hasta el año 2002 la asignación básica se fragmentaba y al 30% se le daba el calificativo de prima especial.

3. En las constancias laborales que obran en el expediente se demuestra que la liquidación de las prestaciones sociales hasta el 2002 se liquidaron no sobre el %100 de la asignación básica sino sobre el 70%⁶⁴.

4. En las constancias laborales que obran en el plenario se prueba que la liquidación de las cesantías hasta el año 2002 no se realizó sobre el 100% de la asignación básica sino sobre el 70%.

5. En las constancias laborales que obran en el expediente se prueba que a partir del año 2003 se dejó de realizar la reducción de la asignación básica y el 100% de lo cancelado se reconoció a título de salario y se hizo la correspondiente liquidación de las prestaciones sociales. En otros términos, se reconoció que el 30% que antes se descontaba es parte de la asignación salarial.

⁶⁴ Constancia de históricos devengados: folios 36 a 54 del Cuaderno Principal.

6. De igual forma, se encuentra demostrado que a partir del año 2003, no se reconoce la prima especial, es decir no se paga el 30% reconocido como sobresueldo en la ley 4ª de 1992. De hecho, así lo reconoce directamente la demandante cuando afirma:

“Luego de la declaratoria de nulidad de los decretos que reglamentaron la prima para la fiscalía ésta institución siguió liquidando las prestaciones, con el 100% de mi salario básico, es decir, levantó el castigo en la reducción salarial que había representado la prima pero no paga a al demandante la prima adicional equivalente al 30% de la asignación básica mensual.”

Como puede observarse, el caso que se analiza guarda identidad en la mayoría de los aspectos que se desarrollan con los supuestos jurídicos y fácticos que dieron lugar a la sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019. El artículo 14 de la ley 4ª de 1992 dispone que es deber del gobierno establecer “...una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial” para los jueces de la república.

Desde el año 2009, el Consejo de Estado ha precisado que la prima especial no puede liquidarse como parte de la asignación básica, como quiera que esta interpretación es contraria al principio de progresividad de los derechos laborales, por lo cual va en contravía de los artículos 53 de la Constitución y 2 la ley 4ª de 1992, máxime si se tiene en cuenta que este último impuso un límite al Gobierno al momento de reglamentar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, consistente en el no desmejoramiento de las condiciones salariales. Adicionalmente, esta sala también ha sido clara en señalar que el concepto de prima es un agregado al ingreso de los servidores públicos, por lo que debe representar un aumento y no una merma en su asignación básica⁶⁵.

La anterior interpretación ha conducido a que en sede de nulidad y restablecimiento del derecho se constate la disminución de la asignación básica por otorgarle al 30% del salario el carácter de prima especial, lo cual justifica que se dé procedencia a la excepción de inconstitucionalidad para así inaplicar los decretos que desarrollan el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 frente al caso concreto y acceder a las pretensiones.

Así las cosas, la manera correcta de liquidar la prima especial se puede explicar en el siguiente cuadro:

Interpretación correcta: la prima equivale a un 30% <u>adicional</u> al salario básico y/o asignación básica	Interpretación correcta: la liquidación de las prestaciones sociales y cesantías se debe realizar sobre el 100% del salario.
--	--

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 2 de abril de 2009. Exp. 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07). Consejero Ponente: Gustavo Gómez Aranguren.

Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000 Total a pagar al servidor: \$13.000.000	Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000 Base para liquidar prestaciones y cesantías: \$10.000.000
---	---

En definitiva, luego de lo expuesto, la sala arriba a las siguientes conclusiones:

1. A Nayibe Lorena Pérez Castro, por las particularidades de la regulación de la prima especial para la Fiscalía, no se le descontó de su salario y/o asignación básica desde el 2003 el 30%, por lo que el 100% de lo que recibió lo hizo sin que se le diera a este porcentaje el carácter de prima especial.
2. Al no haberse descontado del salario básico el 30% desde el año 2003, la liquidación de las prestaciones sociales se ha venido realizando sobre el 100% de la asignación básica.
3. No obstante, desde el año 2003 no se le ha reconocido a la actora la prima especial, es decir no se ha pagado como sobresueldo el 30% de la asignación básica o salario.
4. Lo anterior genera que se revoque la sentencia apelada, se declare la nulidad del acto administrativo demandado y se acceda parcialmente al consecuente restablecimiento del derecho.
5. El restablecimiento del derecho se traduce sólo en el pago del 30% que el demandante no recibió a título de prima especial.
6. Al no presentarse el indebido descuento del 30% del salario el restablecimiento no comprende una reliquidación de las prestaciones canceladas.
7. Debe declararse probada la excepción de prescripción por las razones expuestas en párrafos precedentes. Así las cosas, el reconocimiento de las sumas no pagadas se hará desde el 7 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta que la reclamación se presentó el 7 de diciembre de 2015⁶⁶.
8. Los valores, resultado de esta sentencia, deberán ser indexados y ajustados de acuerdo con lo regulado en el artículo 187 del CPACA; para ello, se aplicará la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

⁶⁶ Aunque el oficio de la Fiscalía de 18 de diciembre establece que la solicitud se recibió el 10 de diciembre, lo cierto es que el fechador de la petición indica que la misma fue presentada el día 7.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es dejado de percibir por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice de precios del consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago.

9. No se condenará en costas procesales y agencias en derecho y, por tanto, se revocará lo decidido por el ad quo, como quiera que de lo establecido en la ley 1437 de 2011, no se desprende su imposición automática de estos emolumentos, sino que, por el contrario, se trata de una consecuencia jurídica por haber demostrado en el proceso una conducta temeraria o de mala fe de una de las partes, así como la existencia de pruebas sobre la causación de gastos que deben ser ponderados por el juez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. UNIFICAR JURISPRUDENCIA respecto a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y su reconocimiento a aquellos Fiscales que acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad, en los siguientes términos:

1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor.
2. La prima especial constituye factor salarial sólo para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación.
3. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente.

4. Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho desde 1998 a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial.

5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de prescripción trienal de todas aquellas acreencias laborales anteriores al 7 de diciembre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SDAG-TH:600014-671 de fecha de 18 de diciembre de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. ORDENAR a título de restablecimiento del derecho la consignación de la prima especial correspondiente al 30% del salario y/o asignación básica que corresponde a la demanda debidamente indexado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia

SEXTO. REVOCAR la condena en costas impuesta al demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO. DEVOLVER el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Firmado electrónicamente
JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA.

Conjuez Ponente

Firmado electrónicamente
HECTOR ALFONSO CARVAJAL
LONDOÑO

Conjuez- **Impedido**

Firmado electrónicamente
JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA

PEDRO SIMÓN VARGAS SÁENZ

Conjuez.

Conjuez-**Ausente con excusa**

Firmado electrónicamente
CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS
Conjuez

Firmado electrónicamente
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
Conjuez

Firmado electrónicamente
CARLOS MARIO ISAZA SERRANO
Conjuez

Firmado electrónicamente
HENRY JOYA PINEDA
Conjuez

Firmado electrónicamente
HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO
Conjuez – **Impedido**

Firmado electrónicamente
PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ
Conjuez – **Salvamento de Voto**

BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZUÑIGA
Conjuez – **Impedido**

ILVAR NESTOR JESÚS ARÉVALO
Conjuez-**Impedido**

Firmado electrónicamente
NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Conjuez – **Salvamento de Voto**

Firmado electrónicamente
CARLOS JOSÉ MANCILLA
Conjuez

Firmado electrónicamente
JHON JAIRO MORALES ÁLZATE
Conjuez

Firmado electrónicamente
SANTOS ALIRIO RODRÍGUEZ
Conjuez

Firmado electrónicamente
GILBERTO RONDÓN GONZÁLEZ
Conjuez

Firmado electrónicamente
HUGO ALBERTO MARÍN
Conjuez – **Salvamento de Voto**

FREDY ALONSO PELÁEZ GÓMEZ
Conjuez – **Ausente con excusa**

Firmado electrónicamente
ALFONSO PALACIOS TORRES
Conjuez – **Salvamento de**

Voto

Firmado electrónicamente
HÉCTOR DÍAZ MORENO
Conjuez

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala de Conjueces en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA

RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA ESPECIAL DE LOS FISCALES ACOGIERON AL RÉGIMEN SALARIAL DEL DECRETO 53 DE 1993 O QUE SE VINCULARÓN CON POSTERIORIDAD – Improcedencia

En 1992 el Legislador excluyó de manera expresa, como destinatarios de la prima especial, a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que optaran por la escala de salarios que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1993. De esa exclusión también hacen parte los servidores vinculados con posterioridad a la vigencia del Decreto 53 de 1993 -1 de enero de 1993, según lo normado en el artículo 18 de ese Decreto-. Esa determinación no fue alterada por la Ley 332 de 1996 y, menos aún, por la Ley aclaratoria 476 de 1998, que no propició antinomia o contradicción alguna que dé lugar a aplicar el principio de favorabilidad. Por consiguiente, desde 1992 el Gobierno Nacional carece de competencia para incluir, en los decretos generales de salarios y prestaciones sociales de los empleados oficiales, la prima especial del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 a favor de los servidores de la Fiscalía que hagan parte de los dos grupos referenciados, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, el Gobierno debe atender a las normas generales, los objetivos y los criterios que, en lo atinente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, adopte el Legislador. La falta de competencia del Gobierno para extender la prima especial a los dos grupos de servidores de la FGN tantas veces aquí mencionados, condujo a la Sección Segunda del Consejo de Estado a declarar la nulidad de las normas incluidas en los decretos del Gobierno Nacional que así lo habían dispuesto por la vía de asignar al 30% de la remuneración de ese personal el carácter de prima especial, sin carácter salarial, lo que afectaba negativa, ilegal e inequitativamente, la base de liquidación de la pensión de jubilación; para acatar las decisiones en ese sentido proferidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el Gobierno Nacional dejó de incluir la prima especial en los decretos sobre salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, a partir del año 2003. Pero dicha circunstancia no pudo conducir a la conclusión por la que optó la mayoría de la Sala de Conjuces, según la cual el Gobierno Nacional dispuso, de manera tácita o implícita, un incremento del 30% de la remuneración total de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, cuyo reconocimiento ahora se impone y con efectos retroactivos a partir de 1998. Todo lo expuesto lleva a cuestionar la procedencia de que la sentencia a la cual se refiere este voto discrepante, al decidir una demanda instaurada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tome la senda de no seguir los claros, consistentes, jurídicamente sólidos y reiterados precedentes fijados, en relación con el mismo punto de Derecho, por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en pronunciamientos emitidos en sede de control abstracto de legalidad, con efectos *erga omnes* absolutos, en los cuales se dispuso y se concluyó todo lo contrario a cuanto se decidió en la sentencia de unificación jurisprudencial de la cual, con todo comedimiento, nos apartamos. Merece la pena poner de presente, antes de cerrar la argumentación, que no existe norma constitucional o legal alguna que exija que los fiscales deban tener una remuneración igual a la de los jueces o magistrados ante los cuales actúan; empero, no existe diferencia demostrada ni real entre la remuneración efectiva de los fiscales y la de los funcionarios judiciales ante los cuales aquéllos ejercen sus funciones en la actualidad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SALA PLENA DE CONJUECES
CONJUEZ PONENTE: JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: 73001-23-33-000-2017-00568-01(5472-2018)

Demandante: Nayibe Lorena Pérez Castro

Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de Conjueces en sentencia de unificación del 15 de diciembre de 2020 en el proceso de la referencia, a continuación expresamos las razones por las cuales disentimos de la decisión adoptada y salvamos nuestro voto respecto de dicha providencia.

1. EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN.

La sentencia de unificación aprobada por mayoría de la Sala Plena de Conjueces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, revoca el fallo de primera instancia en el expediente de la referencia y, en su lugar, dispone acceder a las pretensiones de la accionante, con efectos retroactivos en aplicación de la regla general de la prescripción de derechos laborales. En nuestro criterio debió confirmarse la providencia impugnada.

El pronunciamiento de unificación trae como consecuencia, a manera de criterio vinculante que ha de ser tenido en cuenta en adelante para resolver los demás casos análogos que se presenten en esta materia, el incremento del 30% de la remuneración actual de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación –en adelante, FGN-.

El fundamento principal de la decisión estriba, en esencia, en asumir que la prima especial fue creada de manera tácita en la Ley 476 de 1998, en favor de dos grupos de servidores públicos de la Fiscalía General que fueron excluidos como beneficiarios de dicha prestación por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992. Así lo expresa el fallo de unificación:

“(...) para los empleados de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron al régimen salarial previsto en el Decreto 53 de 1993 o que se vincularon con posterioridad se fijan las siguientes reglas:

1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor.

2. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente”.

“(...) Así las cosas, la manera correcta de liquidar la prima especial se puede explicar en el siguiente cuadro:

Interpretación correcta: la prima equivale a un 30% adicional al salario básico y/o asignación básica	Interpretación correcta: la liquidación de las prestaciones sociales y cesantías se debe realizar sobre el 100% del salario.
Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000	Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000
Total a pagar al servidor: \$13.000.000	Base para liquidar prestaciones y cesantías: \$10.000.000

En suma, en 1998 operó una derogatoria de la excepción consagrada en la ley marco respecto de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación”.

2. RAZONES DEL SALVAMENTO DE VOTO.

La sentencia de unificación de la cual respetuosamente nos apartamos parte del supuesto en virtud del cual existen contradicciones normativas en relación con la regulación legal de la prima especial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que pertenecen al régimen de acogidos y, por ello, en aplicación de los principios de favorabilidad y de progresividad, concluye que la prima en cuestión debe serle reconocida a ese personal.

La razón fundamental del disenso con la decisión de la mayoría radica en que, en nuestro criterio, no existe contradicción o antinomia alguna entre las disposiciones en esta materia incluidas en las Leyes 4 de 1992, 332 de 1996 y 476 de 1998; por el contrario, dicha normatividad establece en forma clara, precisa y consistente,

que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sometidos al régimen salarial de acogidos no son beneficiarios de la prima especial; por ende, al no existir la mentada antinomia, la aplicación del principio de favorabilidad resulta improcedente, conclusión que en modo alguno desatiende los dictados del principio de progresividad. Nuestra posición, a diferencia de la adoptada por la mayoría, resulta coherente con la mantenida de forma unívoca, inequívoca y reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en multiplicidad de decisiones con efectos *erga omnes* absolutos que debieron ser tomadas en consideración para decidir el presente caso.

Planteada en los anteriores términos la razón fundamental del disenso con la sentencia de unificación, procedemos a sustentar los argumentos que nos permiten arribar a dicha conclusión; para tal efecto, nos referiremos a continuación a **(i)** el régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación y, especialmente, el de los denominados *acogidos* y el de los vinculados con la Entidad después del 1 de enero de 1993; **(ii)** la creación de la prima especial y su inaplicabilidad para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación *acogidos* al régimen salarial que entró a regir en ese organismo el 1 de enero de 1993 o para los vinculados con la Entidad con posterioridad a esa fecha; **(iii)** la inexistencia de la contradicción normativa en la cual se sustenta la posición mayoritaria asumida por la Sala, lo cual revela **(iv)** la consistencia de la posición que se expone en el presente salvamento de voto, con la postura que sobre el punto pacífica y reiteradamente ha sido sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias mediante las cuales declaró la nulidad de las normas con las que el Gobierno Nacional creó la prima especial en la FGN entre 1993 y 2002; como corolario de todo lo anterior se impone advertir **(v)** la inaplicabilidad, en casos como el presente, del principio de favorabilidad, sin que con ello tampoco resulte transgredido el principio de progresividad en detrimento del personal de la FGN.

2.1 El régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación y, especialmente, el de los denominados *acogidos* y el de los vinculados con la Entidad después del 1 de enero de 1993.

En 1991, el Constituyente modificó el mecanismo para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Así, en el artículo 150, numeral 19, la Carta asignó al Congreso de la República la función de “[D]ictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e) fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”.

Según lo dispone la citada norma superior, la regulación de esta materia demanda la participación necesaria del Congreso de la República y del Gobierno Nacional; del primero, con la adopción de las leyes marco o cuadro en las cuales se fijan los parámetros generales que delimitan el ámbito de actuación del Gobierno en la materia y del segundo, con la reglamentación de las previsiones generales adoptadas en este ámbito por el Legislador. De tal modo, los decretos que desarrollen leyes marco o generales deben atender a los objetivos, criterios y

determinaciones en ellas adoptadas por el Congreso de la República⁶⁷. En cuanto al tema que nos atañe, el Congreso de la República aprobó la Ley 4 de 1992, mediante la cual, entre otras disposiciones, señaló 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, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Pues bien, la Fiscalía General de la Nación igualmente fue creada por la Constitución Política de 1991, decisión del Constituyente que encontró desarrollo en el Decreto 2699 de 1991, “*por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”⁶⁸, cuyo capítulo I del Título VI, titulado “*Del Régimen Salarial y Prestacional*”, que comprende los artículos 54 a 64, estableció la escala salarial para la Fiscalía General de la Nación e implementó un régimen salarial y prestacional que partió de diferenciar la posición jurídica de los servidores públicos que se encontraran en las siguientes dos situaciones disímiles:

(i) la de ***quienes se vinculaban por primera vez a la Institución y antes de su vinculación no desempeñaban labores en*** las fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduana o de orden público; la dirección nacional y las direcciones seccionales de instrucción criminal; el cuerpo técnico de la policía judicial y los juzgados de instrucción criminal de la justicia ordinaria, de orden público y penal aduanera; y

(ii) la de ***quienes se incorporaban en la planta de personal de la Fiscalía y provenían de*** las fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduana o de orden público; de la dirección nacional o las direcciones seccionales de instrucción criminal; del cuerpo técnico de la policía judicial o de los juzgados de instrucción criminal de la justicia ordinaria, de orden público y penal aduanera.

A los servidores públicos ubicados en el segundo supuesto en mención, el artículo 64 del citado Decreto 2699 de 1991 les permitió “*...optar por una sola vez entre el régimen salarial y prestacional*” que detentaban antes de su incorporación a la planta de personal de la FGN y el previsto en el artículo 54 del Decreto citado; la posibilidad de realizar dicha escogencia, reconocida a los funcionarios en comento, dio lugar a que, en su momento, se hiciera la diferenciación entre los llamados fiscales *acogidos* y los *no acogidos* al régimen salarial y prestacional previsto para los servidores ubicados en la situación descrita en el primero de los escenarios aludidos –**(i)**–.

En el anterior orden de ideas, a los servidores públicos de la FGN ubicados en el escenario **(i)** y a los encuadrados en el supuesto **(ii)** con la condición de *acogidos*, se les aplicaría el régimen salarial y prestacional previsto a partir del Decreto 2699

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación: 16.230; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de septiembre de 2020; Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández; Radicación: 3235-2016.

⁶⁸ El Decreto 2699 de 1991, fue derogado por la Ley 938 de 2004

de 1991 para la FGN, mientras que a los situados en el escenario *(ii) no acogidos*, se les continuaría aplicando el régimen salarial y prestacional que gobernaba su vínculo laboral preexistente a la creación de la FGN.

2.2 La creación de la prima especial y su inaplicabilidad para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación acogidos al régimen salarial y prestacional que entró a regir en la Entidad el 1 de enero de 1993, así como a los vinculados a ese organismo con posterioridad a esa fecha.

Un año después de expedida la Constitución Política de 1991, el Legislador, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta, profirió la Ley marco 4ª de 1992, que fija los criterios generales llamados a informar el establecimiento del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos; el artículo 14 de dicho conjunto normativo dispuso lo siguiente:

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

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

Obsérvese que en este precepto el Legislador, en consonancia con lo normado en el Decreto 2699 de 1991, previó que la prima especial para cuya creación facultaba al Gobierno Nacional, no podría tener como beneficiarios a los funcionarios que optaran por acogerse al régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación con efectos a partir del primero de enero de 1993 –*acogidos*, según la denominación a la cual previamente se hizo alusión-, fecha después de la cual el Gobierno Nacional quedaba facultado para establecer, mediante el respectivo decreto de desarrollo de la Ley marco 4ª de 1992, el régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos de la referida Entidad.

En el transcrito artículo 14 de la Ley 4ª, el Legislador fijó una regla y dos excepciones: la regla es la autorización al Gobierno Nacional para establecer una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico para los funcionarios señalados en la norma; las dos excepciones consisten, la primera, en que para los destinatarios de la prima, dicho emolumento no tenía el carácter de factor salarial y la segunda, en que la referida prima no se reconoce a quienes optaron por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1º) de enero de 1993. La primera excepción está asociada con la

naturaleza jurídica de la prima y la segunda con su cobertura, ámbito subjetivo de aplicación o con la identificación de los destinatarios de la misma.

La primera excepción aludida, esto es que la prima no tuviese carácter salarial, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996; la segunda, de conformidad con la cual el Legislador excluye como beneficiarios de la multicitada prima, de manera expresa y específica, a los servidores públicos de la Fiscalía que optaran por el para entonces nuevo régimen salarial que entraba a regir a partir del 1 de enero de 1993, no ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad.

El primer decreto expedido por el Gobierno Nacional mediante el cual se estableció el régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación a partir del 1 de enero de 1993 –con apoyo en las citadas disposiciones de la Ley 4ª de 1992 y del Decreto 2699 de 1991- fue el número 53 de aquel año, cuyo artículo 6 previó lo siguiente:

“Decreto 053 de 1993. Artículo 6o. **El treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial.** Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal Nacional, Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito, Fiscal ante Tribunal Nacional, Jefe Unidad Regional de Fiscalía, Fiscal ante Tribunal de Distrito, Fiscal Regional, Jefe Unidad Seccional de Fiscalía, Fiscal Seccional, Secretario General, Directores Nacionales, Directores Regionales, Directores Seccionales, Jefes de Oficina, Jefes de División” *(se deja destacado)*.

Posteriormente, desde el año 1994 y hasta 2002, los sucesivos decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se fijó el régimen salarial de la Fiscalía General de la Nación, reprodujeron el tenor de la disposición que se acaba de transcribir.

En 1996, el Legislador expidió la Ley 332, “*por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, cuyo artículo 1 dispuso lo siguiente:

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

El contenido normativo de este precepto se circunscribió a modificar el carácter no salarial con el cual, sin matiz alguno, se había catalogado a la prima especial de marras en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para conferirle dicha connotación –salarial- únicamente a efectos de la liquidación de la pensión de jubilación; empero, el citado artículo 1 de la Ley 332 reiteró la excepción atinente al ámbito subjetivo de aplicación de la prima consagrada en el artículo 14

de la Ley 4, es decir que la condición de factor salarial que sólo para la liquidación de la pensión de jubilación se le reconoció en la tantas veces mentada Ley 332, su artículo 1 se encargó de reafirmar que tampoco sería aplicable a los *acogidos* o servidores públicos que optaran por el régimen salarial que entraría a regir en la FGN con efectos a partir del primero de enero de 1993.

En el anterior orden de ideas, lo que dispuso la Ley 332 de 1996 fue una modificación parcial a la primera de las dos excepciones que previamente aquí se explicó que vienen incluidas en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, vale decir la atinente a la naturaleza –no salarial- de la prima; modula la limitación inicial, según la cual la prima especial no tenía, en ningún caso, carácter salarial, para admitir que adquirirá tal connotación –salarial- a partir de la reforma del 96, únicamente para cuanto hace a la liquidación de la pensión de jubilación. Sin embargo, resulta incuestionable que el artículo 1 de la Ley 332 no alteró aspecto alguno relacionado con la segunda excepción que hemos señalado que se encuentra en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 –los destinatarios de la prima-; por el contrario, dicha segunda excepción, de modo prístino, se ratifica, toda vez que el Legislador revalidó la decisión de excluir como beneficiarios de la prima a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que hubieren optado por la escala de remuneración que tuvo efectos a partir de primero de enero de 1993 –a ello alude la expresión “*con la excepción allí consagrada*”, del multicitado artículo 1 de la Ley 332, que así remite a los excluidos como beneficiarios de la prima especial, por mandato del artículo 14 de la Ley 4^a-. En suma, la Ley 332 de 1996 se refiere únicamente al carácter salarial de la prima especial, que es un aspecto inherente a la primera excepción; la Ley 332 no modifica la relación de beneficiarios ni a los funcionarios excluidos de la prima especial por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

Dicho en otros términos y a riesgo de resultar reiterativos, el artículo 1 de la Ley 332 se limitó a introducir una sola modificación específica al contenido del artículo 14 de la Ley 4 de 1992: que la prima especial prevista en este precepto haría parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, pero únicamente en beneficio de los funcionarios señalados como destinatarios de la prima por el referido artículo 14 de la Ley marco, sin que el abanico de éstos se ampliara, en modo alguno, con la expedición del artículo 1 de la Ley 332. Esta última disposición fue objeto de análisis de constitucionalidad y la Corte Constitucional, en sentencia C-129 de 1998, expresó lo siguiente respecto del contenido del plurimencionado precepto:

“No se opone a la Carta que, a quienes están cobijados por determinado régimen laboral o prestacional, se les otorgue la opción de acogerse a un régimen distinto, siempre que puedan hacerlo con el debido conocimiento de causa y en condiciones de plena libertad. El legislador puede disponer -y es lógico que lo haga- que quien, haciendo uso de su opción, se acoge a un régimen prestacional distinto de aquél que por regla general le correspondería, se someta de manera total a las consecuencias de su selección y que, por lo mismo, no pretenda quedarse con los beneficios de uno y otro sistema, pues ello, además de propiciar desigualdades, rompería el equilibrio de la normatividad laboral. Y, por supuesto, también el legislador puede introducir modificaciones a las reglas establecidas en

los distintos regímenes existentes, siempre que no desconozca derechos ya consolidados en cabeza de personas en concreto”.

2.3 La inexistencia de la contradicción normativa en la cual se sustenta la posición mayoritaria asumida por la Sala.

Más adelante fue expedida la Ley 476 de 1998, de artículo único, mediante la cual se aclaró el examinado artículo 1 de la Ley 332 de 1996; aquélla, en el único precepto que la integra, dispuso lo siguiente:

“Aclarase el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, **no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularen con posterioridad a dicho decreto.** En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adicionan, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación” (*énfasis añadido*).

Como de su propio tenor literal se desprende, el único artículo de la Ley 476 de 1998 apunta, exclusivamente, a **aclarar** lo normado por el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, determinación directamente adoptada por el primer precepto en cuestión que impone dos insoslayables condicionamientos hermenéuticos en orden a establecer su preciso alcance: el primero, que el objeto jurídico de regulación por parte de la Ley 476 se circunscribe, de manera exclusiva, al contenido material del artículo 1º de la Ley 332 de 1996; el segundo, pero no por ello menos importante, que la Ley 476 **no modifica el contenido normativo de la Ley 332 de 1996**, tan sólo busca **aclararlo**.

Como corolario de lo anterior, si según se explicó en el apartado inmediatamente precedente el artículo 1 de la Ley 332 de 1996 versa únicamente sobre la primera de las dos excepciones previstas en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, cual es la relacionada con la naturaleza no salarial de la prima especial y si la finalidad de la Ley 476 de 1998 no es otra que aclarar lo dispuesto en el aludido artículo 1º de la Ley 332 de 1996, forzoso resulta concluir que la Ley 476 de 1998 no alteró, ni de manera tácita ni mucho menos de forma explícita, uno solo de los elementos de la segunda excepción prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 que, como asimismo se viene de traer a colación, apunta a precisar el elenco tanto de destinatarios como de exceptuados de la prima especial cuya creación se autoriza en esta última norma.

De este modo, con el artículo 1º de la Ley 476 de 1998 el Congreso de la República reiteró que la prima especial no tiene carácter salarial –como lo dispuso el artículo 14 de la Ley 4 de 1992-, excepto cuando se trate de la liquidación de la pensión de jubilación en favor de los destinatarios de la prima, caso en el cual ésta se debe incluir en la base de la liquidación de la pensión de jubilación; y aclaró

que estas premisas no aplican para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que (i) se hubieren acogido a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993 o (ii) se hubieren vinculado con la Fiscalía con posterioridad a la expedición de dicho Decreto, porque para estos dos grupos de servidores del Ente acusador, al estar excluidos del grupo de beneficiarios de la prima especial por el mismo artículo 14 de la Ley 4 –previsión reiterada en el artículo 1 de la Ley 332 de 1996-, carece de utilidad o sentido alguno examinar la naturaleza jurídica –salarial o no- de dicho emolumento.

El alcance, pero sobre todo la justificación y los propósitos perseguidos por el Legislador con la expedición de la Ley 476, se corroboran al revisar sus antecedentes, en particular, la Exposición de Motivos del proyecto que habría de convertirse en la mencionada Ley; en dicho lugar puede leerse lo siguiente:

“Con ánimo altruista y altamente justo, el Congreso de la República tuvo a bien expedir la Ley 332 de 1996, mediante la cual se consiguió, en términos generales, nivelar las bases para la liquidación de la prestación de jubilación de los servidores públicos teniendo como soporte legal el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, que consagró el establecimiento de una prima que no era considerada como salario, y de allí la discriminación que con ello se creó entre los empleados del sector público, pues ello significaba una jubilación efectiva del 46% de los ingresos ordinarios percibidos al momento del retiro del servicio, cuando lo equitativo es mínimo un 75% de los mismos.

“(…) La actual situación legal generada por dicha excepción, tomada casi que textual de la que aparece en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, pero sin meditar las consecuencias que ello podía generar, constituye una flagrante violación del artículo 13, pues la igualdad allí ordenada se rompe abruptamente con la tantas veces citada excepción al dejar por fuera el beneficio que se reporta el tener como factor el cálculo de la jubilación la prima de que ahora disfrutaban los fiscales.

“Este estado de cosas se agravó con la relación que se quiso establecer entre estas excepciones y el régimen previsto en el Decreto 053 de 1993, con vigencia a partir del primero de enero de ese año, para quienes se acogieron a él como funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en ese momento, creándose así el caos que actualmente reina y la consecuente exclusión que ahora quiere hacerse de ellos en cuanto al beneficio prestacional que trae la Ley 332 de 1996 en lo que respecta a la base salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto de la jubilación, perjuicio que se extendió a quienes se han venido vinculando a la Fiscalía con posterioridad a la norma primeramente citada, es decir a la vigencia del Decreto aludido, quedando todos ellos en la misma situación desventajosa que venían padeciendo y que se traduce en el monto de una vergonzosa jubilación que no supera el 46% de la actual remuneración, muy lejos del 75% a que tienen derecho los restantes servidores públicos.

“El origen de tal situación es el siguiente: La razón se refiere a que entre la expedición de la Ley 4ª de 1992 en cuyo artículo 14 se excluyó de la prima especial de servicios a los funcionarios de la Fiscalía que se acogieran al nuevo

régimen salarial de esta dependencia, y la expedición de la Ley 332 de 1996, el gobierno promulgó el Decreto 53 de 1993 en cuyo artículo 6º se estableció “el 30% del salario básico mensual de los siguientes servidores (se incluyen los Fiscales en general), se considera como prima especial de servicios, sin carácter salarial”.

“Allí se ha originado la errónea interpretación de la Ley 332, pues cuando esta se expidió el legislador reguló la base de liquidación de la pensión de los funcionarios de la Fiscalía que se habían acogido al régimen salarial de esta dependencia sobre la premisa de que ellos no tenían prima especial de servicios, toda vez que la ley 4 de 1992 los había excepcionado de dicha prima. Pero con lo que el legislador no contaba era con que, a pesar de que la Ley 4ª de 1992 no había creado la prima especial para los referidos funcionarios de la Fiscalía (ellos quedaban con una especie de salario integral), el Gobierno de manera arbitraria había tomado como prima el 30% de dicho salario total, es decir que el gobierno había creado una falsa prima especial de servicios con el único objeto de quitarle el 30% de los salarios de los Fiscales todo efecto salarial o prestacional.

“Esta intervención del ejecutivo, no tomada en cuenta al expedir la Ley 332 de 1996, es lo que ha llevado a interpretar que la excepción a que dicha ley hace alusión la falsa prima especial creada en el Decreto 053 de 1993”⁶⁹ (subrayas y negrillas fuera del texto original).

Del texto transcrito se desprenden las siguientes conclusiones:

a. La Exposición de Motivos es clara en señalar que el objetivo del Legislador con la expedición de la Ley 476 de 1998 no fue, en modo alguno, cambiar el texto o modificar el contenido ni de la Ley 4ª de 1992, ni de la Ley 332 de 1996 en cuanto excluyeron como beneficiarios de la prima especial a los funcionarios de la FGN *acogidos* al régimen salarial y prestacional que entrara a regir en dicha Entidad a partir del 1 de enero de 1993 –previsto en el Decreto 053 de 1993- o a los funcionarios que se vincularon con la FGN de manera posterior a esa fecha. Tales servidores públicos, lo itera la Exposición de Motivos de la Ley 476 de 1998, continúan exceptuados del reconocimiento de la prima especial en cuestión.

b. Lo que realmente quiso el Legislador con la expedición de la Ley 476 de 1998 fue solucionar el yerro mayúsculo –y la consiguiente ilegalidad, como habría de declararlo en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que enseguida se referirá- en el cual incurrió el Gobierno Nacional al confeccionar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la FGN *acogidos* al régimen de remuneración previsto a partir del 1 de enero de 1993 o que se vincularon con la Entidad después de esa fecha, pues en los decretos que en tal sentido desarrollaron la Ley marco 4 de 1992 –Decreto 053 de 1993, artículo 6 y del mismo modo en los Decretos subsiguientes- se dispuso que “[E]l treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes

⁶⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 467, del 25 de octubre de 1996, p. 14.

servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial...”, sin diferenciar si dichos servidores eran acogidos, no acogidos o vinculados a la FGN después del 1 de enero de 1993, es decir que contrariando lo normado en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 332 de 1996, erigió a todos los funcionarios allí mencionados de la FGN –y no sólo a los no acogidos, como lo imponen las dos normas legales en mención- en beneficiarios de la prima especial, pero con el agravante de que dicha *falsa prima especial* –como certeramente la cataloga la Exposición de Motivos de la Ley 476- no constituyó un emolumento o pago adicional creado en favor de los funcionarios de la FGN citados en el artículo 6 del Decreto 053 de 1993 –y los Decretos que anualmente lo sucedieron- sino que lo resuelto de forma espuria por el Gobierno Nacional fue comenzar a descontar irregularmente un 30% del salario básico de tales servidores para reputar dicho porcentaje como –falsa- prima especial, decisión que a todas luces desmejoraba, de manera muy significativa, el ingreso tomado como base de liquidación de la pensión de jubilación de los *acogidos* y de los vinculados con la FGN después del 1 de enero de 1993 –no así de los *no acogidos*, a quienes por mandato del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 sí se les debe reconocer la prima especial como un emolumento adicional al salario básico mensual o como un “sobresueldo”-.

Esa ilegal decisión del Ejecutivo propició, por consiguiente, la flagrante violación al principio de igualdad denunciada elocuentemente en la Exposición de Motivos de la Ley 446 de 1998, entre los *no acogidos*, quienes ciertamente venían percibiendo pensiones de jubilación del 75% del ingreso básico mensual que tenían, de un lado y, de otro lado, los *acogidos* y los funcionarios vinculados después del 1 de enero de 1993, quienes como consecuencia de la irregular previsión del artículo 6 del Decreto 053 de 1993 –y de los que lo reemplazaron en los años posteriores hasta 2002- veían disminuida la base de liquidación de su pensión de jubilación en un 30%, de modo que estaban percibiendo, sin justificación alguna para semejante trato diferencial discriminatorio, pensiones de jubilación equivalentes al 46% de su ingreso básico mensual.

c. Por consiguiente, todo lo que hace, lo único que decide y solamente a ello se contrae el alcance de la Ley 476 de 1998 es **aclarar** el texto del artículo 1 de la Ley 332 de 1996, para que no se descuente el 30% de la remuneración de los funcionarios de la FGN *acogidos* o vinculados después del 1 de enero de 1993, al momento de liquidar sus pensiones de jubilación, como incorrecta e ilegalmente se venía haciendo, en aplicación de lo equivocadamente dispuesto por el artículo 6 del Decreto 053 de 1993 –y por las disposiciones incluidas, en el mismo sentido, en los Decretos que anualmente lo sucedieron hasta 2002-.

Salta a la vista, pues, que **la Ley 476 de 1998 no creó ninguna prima especial ni convirtió en destinatarios de la prima especial prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que optaron por la escala salarial de 1993 ni a los vinculados con posterioridad al 1 de enero de ese año.** La Ley 476 lo que hizo fue poner límite a una práctica irregular del Gobierno Nacional de asumir el 30% de la remuneración básica de los servidores de la Fiscalía como *falsa prima especial* –en los términos de la

Exposición de Motivos de la Ley 476-, para exigir que la totalidad del salario básico mensual de los funcionarios de la FGN tuviere carácter salarial al momento de liquidar la pensión de jubilación.

d. En conclusión, la Ley 332 de 1996 modificó el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 para darle a la prima especial carácter salarial, únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, reiterando la excepción prevista en la Ley 4. Y la Ley 476 de 1998 aclaró que ese carácter salarial de la prima especial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación no se refiere al régimen de acogidos ni a los vinculados a la FGN después del 1 de enero de 1993, porque para estos servidores a quienes irregular e ilegalmente se hizo destinatarios de la prima especial en el artículo 6 del Decreto 53 de 1993 –y en los posteriores decretos expedidos anualmente-, la *falsa* prima especial, esto es, el 30% de su salario básico mensual, también tendría carácter salarial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación.

Ese y no otro, se reitera, es el alcance del artículo 1º de la Ley 476 de 1998; con esa Ley, el Congreso de la República reiteró que la prima especial no tiene carácter salarial, como lo dispuso el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, excepto cuando se trate de la liquidación de la pensión de jubilación, **a favor de los destinatarios de la prima**, caso en el cual la prima se tiene como base de liquidación de la pensión de jubilación, en las condiciones previstas en el artículo 1º de la Ley 332 de 1996. Y aclaró que esas dos premisas no aplican para los servidores de la Fiscalía General de la Nación que (i) se hubieren acogido a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993 o (ii) se hubieren vinculado con la Fiscalía con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho Decreto.

En consecuencia, es claro que no existe ninguna contradicción entre las Leyes 4 de 1992, 332 de 1996 y 476 de 1998 en punto a la naturaleza y destinatarios de la prima especial en la FGN, como erradamente lo concluyó la sentencia de unificación de la cual nos apartamos.

Por lo mismo, continúa vigente la excepción prevista en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, en el sentido de que la prima especial no aplica para los servidores “que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993”; la Ley 332 le dio carácter salarial para efectos de la liquidación de la pensión a la prima especial, excepto para los servidores “que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993” y la Ley 476 aclaró que la citada excepción de la Ley 332 –artículo 1- no aplica para los servidores de la FGN acogidos o vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 53 de 1993, dado que estos dos grupos de funcionarios no son beneficiarios de la prima especial y, por consiguiente, para ellos el 100% de su ingreso básico mensual –sin descontar el 30%, como de forma espuria lo resolvió el artículo 6 de dicho Decreto 053 de 1993- tiene carácter salarial y debe ser tenido en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación.

Recuérdese que para la fecha de expedición de las leyes antes mencionadas, la jurisprudencia del Consejo de Estado aún no se había pronunciado sobre la ilegalidad del tantas veces mencionado artículo 6 del Decreto 053 de 1993 –y de las normas que, con el mismo contenido, lo reemplazaron en los decretos anualmente dictados por el Gobierno Nacional con el mismo objeto, hasta el año 2002-, razón de más para entender por qué en su momento si vio, por el Legislador, la necesidad de expedir la Ley 476 de 1998.

2.4 La consistencia de la posición que se expone en el presente salvamento de voto, con la postura que sobre el punto pacífica y reiteradamente ha sido sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias mediante las cuales declaró la nulidad de las normas con las que el Gobierno Nacional creó la prima especial en la FGN entre 1993 y 2002.

La Sección Segunda de esta Corporación se ocupó del examen de legalidad de los Decretos que establecieron el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación entre 1993 y 2002 –Decretos 53 de 1993, 108 de 1994, 49 de 1995, 105 de 1996, 52 de 1997, 50 de 1998, 038 de 1999, 2743 de 2000, 1480 y 2729 de 2001- en punto del tratamiento normativo allí dispensado a la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992; así pues, en distintas providencias declaró la nulidad de los artículos que contemplaron la referida prima especial asimilándola al 30% del salario básico mensual y sin reconocerle carácter salarial, a saber: sentencia del 14 de febrero de 2002⁷⁰, que anuló el artículo 7 del Decreto 038 de 1999; sentencia del 15 de abril de 2004⁷¹, que anuló el artículo 8º del Decreto 2743 de 2000; la sentencia del 3 de marzo de 2005⁷², que anuló los artículos 6º del Decreto 53 de 1993 y 7º de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997; la sentencia del 13 de septiembre de 2007⁷³, que anuló los artículos 7 y 8 de los Decretos 050 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente.

El fundamento de tales decisiones de la Sección Segunda se comprende con total claridad y en absoluta correspondencia con los planteamientos que se han consignado en el presente salvamento de voto, por vía de ejemplo, rememorando la *ratio decidendi* de la sentencia del 15 de abril de 2004 citada, que resolvió la anulación del artículo 8 del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000. En aquella ocasión el concepto de la violación incluido en la demanda estribó en que el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones al reconocer la prima especial a aquellos funcionarios de la Fiscalía para los cuales los artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991 establecieron un sistema de remuneración estructurado sobre la base de un salario único global –salario integral-; los accionantes adujeron que no existía autorización legal para fraccionar de manera artificial la asignación mensual de este personal, asignándole al 30% de la misma

⁷⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

⁷¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 712-2001. Actor. Everardo Venegas Avilan.

⁷² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. No. Interno. 17021. Actor. Everardo Venegas Avila y otros

⁷³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. No. Interno. 0478-2003. Actor. Luz Mireya Amezcuita Ballesteros.

el carácter de prima especial, pues cuando el legislador profirió las Leyes 332 de 1996 y 476 de 1998, partió de la base de que dicha prima no tenía como beneficiarios a los *acogidos* ni a los vinculados con la FGN después del 1 de enero de 1993. Así lo reconoció la Sala de la Sección Segunda, reiterando lo que ya había sostenido, en idéntica dirección, en la sentencia del 14 de febrero de 2002, mediante la cual declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 38 de 1999:

“En virtud de lo previsto en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima a que ella se contrae a favor de los servidores que allí se enlistan, **mas no respecto de los funcionarios que opten por la escala de salarios establecida para la Fiscalía General de la Nación con efectos a partir del 1º de enero de 1993**, los cuales no son otros que los servidores de esa entidad a los que se refiere el Artículo 2º del Decreto 53 de 1993. Empero, la Sala estima que **esta excepción cobija también a los servidores de la entidad que** por mandato del Artículo 1º del citado decreto, obligatoriamente debían regirse por el sistema salarial en él consagrado, esto es, los que **se vinculen a ella con posterioridad a su vigencia**. Esta es la significación atribuible a la aludida excepción, pues limitarla sólo a los servidores de la Fiscalía provenientes de la Rama Judicial que decidieron acogerse al régimen salarial previsto en el Decreto 53 de 1993, implicaría un trato desigual para el personal de esa institución que por mandato del Artículo 1º de ese decreto está sometido al régimen salarial establecido en el Artículo 3º ibídem, vale decir, para aquellas personas que ingresaron a esa institución con posterioridad a la vigencia del citado decreto. Si la excepción contemplada en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se extiende a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sujetos al régimen salarial previsto en el Artículo 3º del Decreto 53 de 1993, bien por mandato del Artículo 1º ejusdem -los que ingresaron después de su expedición-, o por decisión propia de aquellos que ya venían vinculados pero que habían continuado sometidos a las disposiciones que en esta materia los venían gobernando (Artículo 2º ibídem), **forzoso es concluir que el Artículo 7º del Decreto 38 de 1999, objeto de impugnación, contraría lo normado en el artículo mencionado de la citada ley, por cuanto por mandato del legislador, unos y otros quedaron excluidos de la posibilidad de ser beneficiarios de la prima especial de servicio a que el mismo se contrae**. Por esa razón no le era dable al Gobierno Nacional, invocando como sustento las disposiciones contenidas en esa ley, otorgar, por medio de la norma enjuiciada, el carácter de prima especial de servicios al 30% del salario básico mensual fijado en el Artículo 4º ejusdem para los servidores de la Fiscalía que allí se enlistan” (*subrayas y negrillas fuera de texto*).

En consecuencia, no ha existido ni existe hoy norma legal alguna que faculte al Gobierno Nacional para crear una prima especial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación *acogidos* al régimen salarial y prestacional establecido para la Fiscalía a partir del 1 de enero de 1993 o para los funcionarios vinculados con la Entidad con posterioridad a esa fecha; por el contrario, existe expresa prohibición del Legislador para crear la aludida prima especial considerando como beneficiarios de la misma a los mencionados servidores. Su creación, tal como lo

definió la Sección Segunda del Consejo de Estado, fue ilegal y lo ilegal no crea derecho, ni permite aplicar los principios de favorabilidad y progresividad.

2.5 La inaplicabilidad, en casos como el presente, del principio de favorabilidad, sin que con ello tampoco resulte transgredido el principio de progresividad, en detrimento de los funcionarios de la FGN.

2.5.1 Tal como lo ha definido la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷⁴, el beneficio interpretativo en el cual consiste el principio de favorabilidad, puede resultar aplicable cuando al momento de definir si se ha accedido o no a la causación de algún derecho o situación jurídica beneficiosa para el trabajador, el operador jurídico llamado a decidir el caso está en presencia de dos o más disposiciones jurídicas vigentes –o dos o más interpretaciones plausibles de la misma disposición- que prevén soluciones disímiles al asunto bajo examen, de manera que el llamado a adoptar la decisión se halla en el deber de acoger la disposición o la interpretación jurídica que represente mayor beneficio para el trabajador.

El escenario descrito, que abre las puertas a la aplicación del principio de favorabilidad, sin lugar a la menor hesitación no se presenta en el caso decidido en la sentencia de unificación de la cual disentimos, toda vez que, como ampliamente se ha expuesto y justificado en este salvamento de voto, no existen dos o más normas o disposiciones jurídicas vigentes que regulen de manera divergente o contradictoria la naturaleza jurídica, los destinatarios o los presupuestos de reconocimiento de la prima especial en el caso de los tantas veces aquí mencionados como *acogidos* o en el de los funcionarios ingresados al servicio de la FGN después del 1 de enero de 1993; por el contrario, existe una sola norma, la Ley 4 de 1992, que en su artículo 14 los exceptúa como beneficiarios de dicho emolumento. Además, como ampliamente se justificó en precedencia, la Ley 476 de 1998 –cuyo artículo 1, según la posición de la mayoría de la Sala, podría interpretarse que reconoce esta prestación a los funcionarios de la FGN desligados de dicha posibilidad por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, de suerte que entraría en contradicción con este último precepto- no contiene modificación alguna de la segunda excepción prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, atinente a los dos reseñados grupos de servidores vinculados con la FGN y que fueron excluidos como destinatarios de la prima especial.

Toda vez que el artículo 1 de la Ley 476 de 1998 mal podría interpretarse como modificadorio de o antagónico con lo normado por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, pues ello implica desconocer abiertamente los antecedentes, la etiología, la teleología y el contexto en el cual se produjo la expedición de la primera disposición citada, única y exclusivamente aclaratoria de la segunda, no se da la coexistencia de disposiciones o de interpretaciones normativas divergentes respecto del mismo objeto de regulación, razón por la cual no resulta aplicable en el asunto *sub lite* el principio de favorabilidad.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 28 de mayo de 2020. Rad: 20001-23-33-000-2016-00149-01 (4561-17). M.P. William Hernández Gómez.

Que la Ley 476 de 1998 es simplemente una norma aclaratoria, es también la postura que definió el Consejo de Estado en sentencia de nulidad cuando dijo:

“Y la ley 476 de 1.998 es apenas de carácter aclaratorio y no tiene incidencia en el contenido de la ley marco, la cual, al conservar su contenido en lo fundamental debió ser acatada por el Gobierno cuando expidió el decreto acusado.”⁷⁵

2.5.2 Tampoco aparece razonable o plausible la aplicación al caso decidido en la sentencia de la cual nos apartamos, el criterio hermenéutico de la prevalencia de la ley en el tiempo, según el cual la norma posterior resulta de aplicación preferente respecto de la anterior que regule la misma materia –artículo 2 de la Ley 153 de 1887-, toda vez que por cuanto atañe a la segunda excepción del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 –ámbito subjetivo de cobertura de la prima especial, identificación de los funcionarios beneficiarios y de los excluidos del derecho a percibir ese emolumento-, no es el artículo 1 de la Ley 476 de 1998 una disposición posterior que regule de modo diverso el mismo asunto. Se reitera que la Ley 476 lo único que efectúa es una aclaración de la Ley 332 de 1996, en cuanto a la naturaleza de la prima especial –como factor salarial para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación-, sin introducir cambio o referencia alguna respecto de la señalada segunda excepción del artículo 14 de la Ley 4ª, vale decir, en torno a los destinatarios de la prima. Por no tratarse de dos preceptos que regulan de manera diversa la misma materia, resulta improcedente invocar la aplicación del criterio de prevalencia de la ley posterior.

2.5.3 La sentencia de unificación se apoya en un argumento estructurado como se sintetiza enseguida: habida cuenta de que en los decretos expedidos entre 1993 y 2002 el Gobierno Nacional tomó el 30% de la remuneración total de los servidores de la Fiscalía General de la Nación como “prima especial”, lo que el Gobierno Nacional decidió en esos decretos fue crear dicha prima especial para todos los funcionarios de la FGN –incluyendo a los que inicialmente no eran beneficiarios de la referida prestación-. Y, al haberla creado como un factor diferente de la asignación básica, lo procedente ahora es adicionar al 100% de dicho salario básico, el 30% correspondiente a la prima, de suerte que la remuneración de los funcionarios de la Fiscalía corresponda al 130% de la que perciben en la actualidad; de no hacerlo así, se sostiene, se infringiría el principio de progresividad.

Estimamos equivocada esta inferencia elaborada en la decisión mayoritaria, por lo siguiente: cuando el Gobierno Nacional tomó la franja del 30% de la remuneración

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de abril de 2004, Consejero Ponente Dr. Nicolas Pájaro P. Rad. No. 11001-03-25-000-2001-0043-01 Actor Everardo Venegas.

de algunos servidores de la Fiscalía para asignarle la denominación de “prima especial” y excluirlo de la base de liquidación de la pensión de jubilación, adoptó una medida flagrantemente contraria a Derecho, como insistentemente lo declaró la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como quiera que (i) el Gobierno no estaba facultado para afectar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la cual debía corresponder al 100% de la remuneración que tales funcionarios percibían y no al 70% de la misma y (ii) el Gobierno carecía de competencia para establecer la prima especial a favor de los servidores de la Fiscalía General de la Nación que hubieran optado por la escala de salarios que tuvo efectos a partir del primero de enero de 1993 o que se hubieran vinculado con la Entidad después de esa fecha. Por ello el Consejo de Estado anuló los decretos que, hasta 2002, incluían tal desmejora en contra de los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

Empero, dicha circunstancia no permite sostener válidamente (i) que como la prima especial es un factor adicional a la remuneración y el Gobierno asignó esa denominación al 30% de la misma, entonces el Gobierno creó la “prima especial”, y (ii) que al haber sido creada la prima especial por el Gobierno, corresponde ahora reconocerla a partir de 1998, año que coincide con la aprobación de la Ley 476, porque de no hacerlo se infringiría el principio de progresividad.

En nuestro criterio el fallo confunde dos cosas distintas: una cosa es que a los servidores de la Fiscalía General de la Nación se les haya reconocido tanto normativa como jurisprudencialmente el derecho a que el 100% de su remuneración sea tenido como base para liquidar la pensión de jubilación y otra es que la remoción del ordenamiento jurídico de los elementos normativos que ilegalmente ordenaban la reducción de dicha base al 70%, equivalga a sostener que la remuneración total de estos funcionarios no debe ser del 100% sino del 130% de la que en la actualidad perciben y con efectos retroactivos a partir de 1998. Conservar el 100% de la remuneración de los servidores de la Fiscalía General de la Nación no significa infringir el principio de progresividad, en cuanto no se les están reduciendo sus derechos.

Mal puede predicarse un pretendido retroceso respecto de niveles de remuneración que realmente nunca se han alcanzado y en el presente caso los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que optaron por la escala de salarios que rigió a partir del primero de enero de 1993 o que se vincularon con posterioridad a esa fecha con la Entidad, no han tenido, en momento alguno, ni tienen a la fecha, el reconocimiento legislativo de la prima de servicios, la cual fue excluida expresamente para ellos en la Ley 4 de 1992 y no se les erigió en beneficiarios de esa prestación en la Ley 476 de 1998.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En síntesis, en 1992 el Legislador excluyó de manera expresa, como destinatarios de la prima especial, a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que optaran por la escala de salarios que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1993. De esa exclusión también hacen parte los servidores vinculados con

posterioridad a la vigencia del Decreto 53 de 1993 -1 de enero de 1993, según lo normado en el artículo 18 de ese Decreto-. Esa determinación no fue alterada por la Ley 332 de 1996 y, menos aún, por la Ley aclaratoria 476 de 1998, que no propició antinomia o contradicción alguna que dé lugar a aplicar el principio de favorabilidad. Por consiguiente, desde 1992 el Gobierno Nacional carece de competencia para incluir, en los decretos generales de salarios y prestaciones sociales de los empleados oficiales, la prima especial del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 a favor de los servidores de la Fiscalía que hagan parte de los dos grupos referenciados, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, el Gobierno debe atender a las normas generales, los objetivos y los criterios que, en lo atinente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, adopte el Legislador.

La falta de competencia del Gobierno para extender la prima especial a los dos grupos de servidores de la FGN tantas veces aquí mencionados, condujo a la Sección Segunda del Consejo de Estado a declarar la nulidad de las normas incluidas en los decretos del Gobierno Nacional que así lo habían dispuesto por la vía de asignar al 30% de la remuneración de ese personal el carácter de prima especial, sin carácter salarial, lo que afectaba negativa, ilegal e inequitativamente, la base de liquidación de la pensión de jubilación; para acatar las decisiones en ese sentido proferidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el Gobierno Nacional dejó de incluir la prima especial en los decretos sobre salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, a partir del año 2003. Pero dicha circunstancia no pudo conducir a la conclusión por la que optó la mayoría de la Sala de Conjuces, según la cual el Gobierno Nacional dispuso, de manera tácita o implícita, un incremento del 30% de la remuneración total de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, cuyo reconocimiento ahora se impone y con efectos retroactivos a partir de 1998.

Todo lo expuesto lleva a cuestionar la procedencia de que la sentencia a la cual se refiere este voto discrepante, al decidir una demanda instaurada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tome la senda de no seguir los claros, consistentes, jurídicamente sólidos y reiterados precedentes fijados, en relación con el mismo punto de Derecho, por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en pronunciamientos emitidos en sede de control abstracto de legalidad, con efectos *erga omnes* absolutos, en los cuales se dispuso y se concluyó todo lo contrario a cuanto se decidió en la sentencia de unificación jurisprudencial de la cual, con todo comedimiento, nos apartamos.

Merece la pena poner de presente, antes de cerrar la argumentación, que no existe norma constitucional o legal alguna que exija que los fiscales deban tener una remuneración igual a la de los jueces o magistrados ante los cuales actúan; empero, no existe diferencia demostrada ni real entre la remuneración efectiva de los fiscales y la de los funcionarios judiciales ante los cuales aquéllos ejercen sus funciones en la actualidad.

En los anteriores términos dejamos expuestos los argumentos que nos condujeron a salvar nuestro voto frente a la decisión mayoritaria de la Sala Plena de Conjuces.

Firmado electrónicamente
NUBIA GONZÁLEZ CERON

Firmado electrónicamente
PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ MARTINEZ

Firmado electrónicamente
HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente
ALFONSO PALACIOS TORRES