



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

SALA DE CONJUECES

CONJUEZ PONENTE: CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS

Bogotá D.C., Once (11) de noviembre de dos mil quince (2015).-

Radicación No. 88001 23 31 000 2012 00021 02

No. Interno: 2152-14

Actor: SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH

Demandada: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Apelación de sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Procuraduría General de la Nación, contra la Sentencia de 6 de febrero de 2012, proferida por la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se dispuso despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

PRETENSIONES

1- Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos el adiado 12 de de septiembre de 2011, proferido dentro del radicado No. 2-2011-029555, por el Ministerio Hacienda y Crédito Público y el S.G. No. 4540 de 26 de septiembre de 2011, proferido por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales se le negó a mi mandante la reliquidación del salario devengado a partir del 1º de enero de 2001 hasta la

fecha, de acuerdo con el porcentaje correspondiente al 80% del total de los ingresos que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes.

2- Inaplicar por inconstitucionalidad el Decreto 4040 de 3 de diciembre de 2004, el cual crea para los Magistrados de Tribunal Superior y otros servidores públicos, “una bonificación por gestión judicial, con carácter permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales, sea igual al 70% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes”, y en su lugar darle plena aplicación al Decreto No. 610 de 1998.

3- Como consecuencia de todo lo anterior y como medida de restablecimiento del derecho, se debe condenar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Procuraduría General de la Nación, para que reconozcan y ordenen pagar a mi mandante la bonificación salarial establecida en el decreto 610 de 1998, desde el mes de enero del año 2002, hasta cuando se realice su pago definitivo, las que sumadas al salario básico y demás ingresos laborales de los Procuradores Judiciales II, ascienda al 80% de lo que han devengado, en ese interregno , por todo concepto los Magistrados de las Altas Cortes y los Procuradores Delegados, y no en la cuantía del 70% que se le ha sido cancelada con base en el decreto 4040 de 2004.

4- Como corolario de lo anterior, y también como medida del restablecimiento del derecho, las entidades demandadas deberán ser condenadas a pagar, desde el mes de enero del año 2001 hasta el mes de diciembre de 2011, a órdenes de mi mandante, lo que corresponde a las sumas dejadas de percibir por mi representado, correspondiente al 10% de la deferencia de su derechos laborales establecidos en el Decreto 610 de 1998 y lo cancelado por concepto de bonificación por gestión judicial acorde con lo consignado en el decreto 4040 de 2004.

5- Así mismo, como medida de restablecimiento del derecho, se debe conminar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Procuraduría General de la Nación, para que a partir de la ejecutoria de la sentencia, inicien las actuaciones administrativas tendientes a procurar que el pago de los salarios futuros devengados por mi mandante, como servidora pública de la Procuraduría General de la

Nación, en el cargo de Procurador Judicial Penal II, como de los demás factores que hacen parte del salario, se realice de manera permanente y definitiva, mensualmente y por nomina, conforme lo establece el decreto No. 610 de 1998, en armonía con el decreto No. 1239 de 1998, en un porcentaje igual al 80% de todo lo que devenguen los Magistrados de las Altas Cortes.

6- En aras de efectivizar la movilidad del salario consagrado en el artículo 53 superior, las sumas dinerarias reclamadas por mi mandante, deberán ser canceladas con la correspondiente indexación, aplicando las fórmulas de matemáticas financieras adoptadas tanto por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y como por la Corte Suprema de Justicia.

7- Condenar a las entidades demandadas al pago del arancel judicial, las costas, expensas y demás agencias en derecho.

HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a sus pretensiones son los siguientes:

1- Mi mandante en la actualidad se desempeña como servidor público de la Procuraduría General de la Nación, en el cargo de Procurador 17 Judicial II Ambiental y Agraria con sede en San Andrés Isla código 3PJ-EC. Dicho cargo lo viene ejerciendo desde el 11 de enero de enero de 2002, y como remuneración por el cumplimiento de sus funciones laborales, en la actualidad percibe un salario mensual equivalente al 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes.

2- En lo que tiene que ver con el asunto relacionado con el monto del salario devengado por mi mandante, se hace necesario tener en cuenta que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 610 de 1998, dispuso que el salario de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, equivaldría al 60%, al 70% y al 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de la Cortes Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte

Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 1 de enero de 1999, enero de 2000 y enero de 2001, respectivamente.

3- Próximo a hacerse exigible el pago del 60% en el año 1999, existiendo presupuesto aprobado por la Ley 482 de 1998, y como consecuencia un derecho adquirido, para comenzarlos reajustes, hasta llegar al 80%, en el año 2001, conforme al Decreto 2668 del 31 de diciembre de 1998, derogando el Decreto 610 de 1998, con motivación basada en la Ley 4ª de 1992, la misma que sirvió de fundamento para la expedición del decreto derogado.

4- El 13 de abril de 1999, el Ejecutivo expidió el Decreto 664, vigente a partir de su publicación, estableciendo una bonificación por compensación de \$2.382.250.00 mensuales, y derogando las disposiciones que le fueren contrarias, que lo eran solamente las del Decreto 1668 antecedentes, porque el Decreto 610 se halaba derogado por esta normatividad.

5- Considerando que el Decreto 2668 de 1998 violaba normas constitucionales que protegen el derecho fundamental al trabajo de los Magistrados de Tribunales, entre otros funcionarios de la Rama Judicial, y estaba en contradicción con la Ley 4ª de 1992 (respecto a las condiciones específicas que señala el artículo 2º de esta), no ajustándose a las previsiones del artículo 150 de la Carta Política, además de contener falsa motivación, varios ciudadanos demandaron su nulidad ante el Consejo de Estado, Corporación esta que en sentencia de 25 de septiembre de 2001, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso radicado con el No. 0395-99, Conjuez Ponente ÁLVARO LECOMPTE LUNA, resolvió: **“Declarase nulo el Decreto 2668 de diciembre 31 de 1998, por el cual se derogaron los Decretos 610 de marzo 26 y 1239 de 1998, por el cual se estableció una bonificación por compensación para Magistrados de Tribunales y otros funcionarios**”.

6- Como consecuencia de lo resuelto por el Consejo de Estado, los Decretos Nos. 610 y 1239 de 1998 recobraron todos sus efectos jurídicos y patrimoniales, porque en la providencia se dejó claro que esa invalidez procedía a pesar de la excepción del

Decreto 664 de 1999 por parte del Gobierno, en el cual se reajusta la Bonificación por Compensación, pero no se respetaban los porcentajes del 60%, 70% y 80% de lo que devengaran por todos conceptos las Altas Cortes, siendo ello aplicable también por ser norma más favorable al trabajador, como lo establece el artículo 53 de la Carta Política.

7- Ante la negativa del Ejecutivo, varios Magistrados y Procuradores Judiciales del país demandaron la nulidad de los actos administrativos con los cuales se negaba el pago varias veces reclamado y el restablecimiento de sus derechos, en cuanto a la cancelación de lo dejado de pagar en los años 1999, 2000 y 2001, o sea, las diferencias no pagadas hasta alcanzar el 60%, 70% y 80% para cada uno de sus años en su orden, con intereses e indexación, atendiendo a lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, y lo que se siguiera causando a partir de 2001, a razón del 80% mensual, hasta cuando por nomina el Gobierno se sometiera a la legalidad y al respeto de los derechos adquiridos.

8- Los demandantes obtuvieron sentencias favorables a sus pretensiones, las cuales se hallan ejecutoriadas, entre ellas, se puede citar las de los siguientes Magistrados: KATTIA FELICIA VILLALBA ORDOSGOITIA para la época Magistrada del Tribunal Superior del Atlántico, mediante fallo de fecha 3 de septiembre de 2007, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, entre otros Magistrados de ese Distrito; Acción de Tutela de MIRTHA ABADIA SERNA de 13 de marzo de 2008, Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, todos ellos vienen recibiendo sueldo del 80% de lo que devengan por todo concepto los Magistrados de las Altas Cortes, porque así fue ordenado por la Justicia Contencioso Administrativa con base en el Decreto 610 de 1998, quedando así, en forma definitiva, la cuantía de su remuneración, frente al 70% que se le paga al aquí accionante.

9- El Gobierno Nacional, a sabiendas de las sentencias debidamente ejecutoriadas en los procesos en los que fue parte, que ratificaban el monto del salario para los Magistrados de Tribunales era el 80% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes y que debía cumplir, expidió el Decreto 4040 de 3 de diciembre de 2004 por el cual creó una Bonificación denominada de Gestión Judicial, con carácter

permanente, que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales de los Magistrados de Tribunal (entre otros funcionarios), no excediera del 70% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, señalando que ella es incompatible con la Decreto 610 de 1998. En el mismo cuerpo normativo el Gobierno invito a optar por la Bonificación por Gestión Judicial de un 70% del total devengado por los Magistrados de las Altas Cortes.

10- Es de anotar que en el Decreto 4040 de 2004 el Gobierno igualmente estableció que quienes aceptaran el pago del 70% renunciaban **“a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones, en los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil”**.

11- Teniendo en cuenta la propuesta contenida en el Decreto 4040 de 2004 y en razón a que había transcurrido un periodo de tiempo extenso, demorado y sin solución judicial definitiva por parte del Honorable Consejo de Estado respecto del reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación establecida en el Decreto 640 de 1998, que igualara el monto del salario al 60%, 70% y 80% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, mi mandante, opto por acogerse a los términos impuestos en el Decreto 4040 de 2004, como consecuencia de dicho acogimiento, a mi mandante le fue cancelada la diferencia del 70% de los salarios devengados por los Magistrados de las Altas Cortes, que dejo de percibir durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004, quedando pendiente de cancelar un 10% para que dichos pagos se equiparen al 80% de los salarios devengados por los Magistrados de las Altas Cortes, acorde con lo consignado en el Decreto 610 de 1998.

12. Al celebrar las conciliaciones y los desistimientos de los procesos iniciados mediante los cuales los Magistrados de Tribunal Superior y los Procuradores Judiciales II aceptaron recibir solo el 70% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, se constituyó ello en una situación totalmente inequitativa e ilegal, ya que no es dado renunciar a derechos salariales, ni mucho menos conciliar derechos ciertos e indiscutibles, ni derechos adquiridos, como los consagrados en el Decreto 610 de 1998, en el sentido que se le cancelen a los

Magistrados de Tribunal el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes.

13. Mi mandante en la actualidad está devengando un salario mensual equivalente al 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, mientras que un grupo de Procuradores Judiciales II y de Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes no conciliaron sus procesos y que obtuvieron una sentencia favorable, o en su defecto instauraron una acción de tutela, en el día de hoy están percibiendo como salario el 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

14. Es de anotar que mi mandante, antes de instaurar la presente acción, a mediados del mes de enero de 2008, impetro un derecho de petición ante la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, en el cual se ponía en conocimiento todo lo anotados en los hechos que han sido objeto del presente libelo, en especial en lo que tiene que ver con el no pago del correcto porcentaje del salario devengado por mi representado, el cual en vez de ser el correspondiente al 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes, es el equivalente al 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes. Por ello, en dicho derecho de petición se solicitó que se reconozca a mi mandante el derecho de percibir como salario el 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

15. Dicho derecho de petición fue respondido mediante oficio No. 0531 de 19 de febrero de los corrientes y dicho oficio No. 3709 de 29 de agosto de 2008, en los cuales Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, le hizo saber a mi mandante que la Procuraduría General de la Nación no le podía reconocer el pago de la bonificación por compensación en el porcentaje solicitado por mi representado, ósea correspondiente al 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes, debido a que ello era un asunto del resorte exclusivo del Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Administrativo de la Función Pública.

16. Posteriormente mi mandante, en asocio de otros Procuradores Judiciales II, en las calendas del 20 de octubre de 2008, instauo una acción de tutela, radicada con el No. 880001208000009001, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en contra de las entidades demandadas en el presente libelo, en la cual pretendía que le fuera reconocido derecho a percibir como salario el equivalente al 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

17. Dicha acción de tutela fue resuelta mediante fallo adiado el 21 de noviembre de 2008, en virtud del cual se ordenó conceder el amparo constitucional deprecado por los demandantes, pero no se accedió a las pretensiones relacionadas con el pago retroactivo de las diferencias salariales dejadas de percibir.

18. El contenido de dicho fallo de tutela, fue impugnado por todas las partes. Siendo la alzada resuelta por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual con ponencia del H.M. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, mediante fallo de 2ª instancia, adiado el 10 de marzo de 2009 decidió revocar el fallo impugnado, con el argumento consistente en que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para resolver la controversia planteada por los accionantes, ya que el asunto debería ser resuelto por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

19. Finalmente, mi mandante impetro una serie de derechos de petición ante la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Hacienda Y crédito Público y, en los cuales les solicitaba que se corrigiera el porcentaje del monto del salario devengado, ya que por encontrarse bajo la egida del Decreto 610 de 1998, el quantum del mismo no debería ser el 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, sino 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

20. Dichos derechos de petición fueron respondidos de manera desfavorable y negativa, tanto por la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública (no dio respuesta alguna), quienes mediante actos administrativos adiados respectivamente

en las calendas 26 de septiembre de 2011, 12 de septiembre de 2011, se negaron a reconocerle a mi mandante la corrección del monto salarial percibido a lo equivalente del 80% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Como normas violadas, el demandante invocó:

Artículos 13, 53 y 280 de la Constitución Política y el artículo 15 del C.S.T.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los cargos presentados como concepto de violación, en contra de los actos administrativos impugnados, los fundamentare en las causales 1ª y 2ª del artículo 84 del C.C.A. de la siguiente manera:

- 1- Violación directa de las normas constitucionales y legales en las cuales deberían fundarse los actos administrativos demandados, al inaplicarse el artículo 13 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la igualdad.
- 2- Violación directa de las normas constitucionales y legales en las cuales deberían fundarse los actos administrativos demandados, al inaplicarse el artículo 53 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la irrenunciabilidad de los derechos salariales, en conexidad con el derecho al trabajo y el derecho a la dignidad humana (artículos 1º y 25 de la Constitución Nacional).
- 3- Violación directa de las normas constitucionales y legales en las cuales deberían fundarse los actos administrativos demandados, al inaplicarse el artículo 13 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la igualdad y el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

Nombramos cinco precedentes jurisprudenciales que fueron ignorados por la entidades demandadas, en donde los temas tratados estaban relacionados con una serie de demandas de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, impetradas por varios Magistrados del Tribunal Superior, en contra de unos actos proferidos por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, en los cuales se negaba a reconocerle el derecho que le asistía a los demandantes a que el salario por ellos remunerada les fuera cancelado en un porcentaje equivalente al 80% del salario percibido por los Magistrados de las Altas Cortes.

La línea jurisprudencial trazada por el Honorable Consejo de Estado en dichos fallos de segunda instancia, consistió en establecer que el régimen salarial aplicable a los demandantes es el establecido en los Decretos 610 y 1239 de 1998, en virtud de los cuales, el salario devengado por dichos Magistrados de Tribunal Superior, equivaldría al 80% del total del salario devengado por los Magistrados de las Altas Cortes. Al aplicar dichos precedentes jurisprudenciales al tema propuesto por mi mandante a las entidades demandadas, podemos observar que existen muchas similitudes y coincidencias, que nos hacen pensar que estamos en presencia de casos análogos o afines, así tenemos que mi mandante detenta un cargo de la misma categoría de los Magistrados de Tribunal; no estaba conforme con el régimen salarial que se le está aplicando, manifestó ser destinatario del régimen salarial establecido en los Decretos 610 y 1239 de 1998.

Pero a pesar de tales analogías, vemos que las entidades demandadas, al expedir los actos administrativos cuya nulidad se demanda, decidieron no acceder a lo pedido por mi mandante, lo que obviamente constituye en una falta de aplicación de los preceptos consagrados en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, norma esta que regula la obligatoriedad del respeto de los precedentes jurisprudenciales de las Altas Cortes, durante el trámite de una actuación administrativa iniciada como consecuencia del derecho de petición.

En resumidas cuentas, en el presente asunto se incurrió en una violación del derecho a la igualdad, generado como consecuencia del desconocimiento del deber que le asistía a las entidades demandadas de respetar los precedentes jurisprudenciales de las Altas Cortes.

TRAMITE DEL PROCESO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Auto de 25 de enero de 2013, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió la demanda interpuesta por la señora SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH. Además de la fijación en lista, dicha Corporación ordenó el pago de los gastos procesales y la notificación del libelo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Procuraduría General de la Nación así como al Agente del Ministerio Público delegado ante la Corporación y ordeno gastos ordinarios del proceso (folios 197 y 198).

Mediante escrito de folio 202, representante del Ministerio Público manifiesta impedimento para conocer del presente asunto, el cual fue aceptado por el Conjuez Ponente por auto de folio 205.

Mediante escrito de 7 de marzo de 2013, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio contestación a la demanda, solicitando se desechen por improcedentes todas y cada una de las pretensiones reclamadas por la parte actora, además que se declare que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no tiene ninguna responsabilidad en los hechos que originaron este proceso (folios 152 a 158).

Igualmente, por escrito de 27 de mayo de 2013, la apoderada de la Procuraduría General de la Nación contestó así mismo a la demanda (folios 253 a 262).

Por auto de 14 de junio de 2013, el Conjuez Ponente tiene en cuenta como pruebas los documentos acompañados con la demanda y reconoce personerías (folios 270 y 271).

Por auto de 31 de julio de 2013 (folio 273), el Conjuez Ponente corre traslado a las partes por 10 días, a fin de que presenten sus alegatos de conclusión. Hacen uso del respectivo traslado en su orden la parte actora (folios 276 a 290), el Ministerio Público (folios 291 a 306), la Procuraduría General de la Nación (folios 307 a 317).

SENTENCIA APELADA

Finalmente, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante Sentencia proferida el día 6 de febrero de 2014, falla:

- Declarase probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Declarase la nulidad del oficio SG-45405036 del 26 de septiembre de 2011, expedido por el Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se negó la petición de reajuste de la remuneración de la doctora SARA ESTHER PECHTHAL DE SABBAH, en un valor que resulte equivalente al 80% de lo que devengan por todo concepto los Magistrados de las Altas Cortes del Estado Colombiano.
- A título de restablecimiento del derecho, declarase que la doctora SARA ESTHER PECHTHAL DE SABBAH tiene derecho a percibir un salario igual al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de la Altas Cortes del País.
- Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la Procuraduría General de la Nación.
- Condenar a la Procuraduría General de la Nación, a reliquidar y pagar, a la doctora SARA ESTHER PECHTHAL DE SABBAH, de manera retroactiva, a partir del 1º de enero de 2004, las diferencias salariales en la remuneración mensual y prestaciones

sociales causadas, mediante el reajuste del factos denominado bonificación por compensación, sin que se oponga la prescripción de mesadas por no haber operado.

- Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la accionante, los valores serán ajustados mes a mes en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debía efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

- Condenase a la entidad demandada a pagar a la doctora SARA ESTHER PECHTHAL DE SABBAH, hacia el futuro, su sueldo mensual como Procuradora 17 Judicial II Ambiental y Agraria de San Andrés, por nómina y de manera completa, es decir, en el porcentaje del 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes del País.

EL RECURSO DE APELACIÓN

A folios 350 a 354, la apoderada de la Procuraduría General de la Nación, interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2014.

Finalmente, agotada y fallida la posibilidad de conciliación, el recurso fue concedido por el Tribunal '*a quo*' mediante diligencia de conciliación llevada a cabo el 10 de abril de 2014 (folios 363 y 364).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le corresponde al Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, resolver las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

Ahora, una vez arribado el expediente al alto Tribunal '*ad quem*', y entrado al Despacho para fallo y cumplido con el trámite correspondiente, los miembros de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Auto de 17 de julio de 2014, se declaran impedidos para conocer del asunto de la referencia, con base en el numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este trámite por remisión expresa del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo. Éstos consideraron que tenían interés indirecto en el proceso, en razón a que los Magistrados Auxiliares dependientes a sus Despachos, podrían resultar beneficiados con el resultado de la litis, lo cual interfiere en la imparcialidad con que éstos deben ejercer su investidura (folios 393 a 397).

Por proveído de 4 de diciembre de 2014 la Sección Tercera del Consejo de Estado aceptó el impedimento manifestado por los Magistrados referidos, y ordenó, entonces, la remisión del expediente a la Secretaría de la Sección Segunda, para que efectuara el sorteo de los Conjuces que habrían de decidir sobre la demanda interpuesta (folios 402 a 407).

El 19 de febrero de 2015 se realizó el sorteo de Conjuces y de Conjuez ponente, por orden del Presidente de la Sección Segunda (folio 409).

El proceso ingresó al Despacho del Conjuez ponente el 27 de marzo de 2015 (folio 414) y admitido el recurso de apelación mediante auto del 21 de mayo de 2015, posteriormente se ordenó correr traslado par alegar de conclusión mediante auto del 19 de junio del miso año, habiendo presentado su correspondiente alegato la apoderada de la parte demandante. Tanto la parte demandada como el Ministerio Público guardaron silencio.

En esta etapa, existiendo quórum para deliberar, entonces, se continuará con el trámite de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

EL CASO CONCRETO

A juicio de esta Sala de Conjueces, lo que busca la apelante, con la alzada impetrada, es que se revoque la sentencia condenatoria frente a las declaraciones y condenas hechas por el Tribunal Administrativo de primera instancia, despachando desfavorablemente su pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho e invalidando totalmente la decisión de primera instancia.

Insiste la apoderada de la parte demandada en la legalidad del Acto Administrativo cuya legalidad se debate a través del sub litte por cuanto el mismo fue expedido con sujeción a las normas constitucionales y legales vigentes a la fecha en que se dictó, por cuanto considera además que no es la Procuraduría la competente para resolver las peticiones elevadas por la demandante ya que no fue ésta quien fijó el salario de sus servidores y la misma se encontraba obligada a cumplir con lo dispuesto por el Decreto 4040, siendo las actuaciones de la Entidad revestidas de validez y legalidad.

Insiste así mismo en la declaratoria de la Prescripción Extintiva de los derechos laborales que reclama la accionante durante el período 2002 a 2008.

Para resolver el recurso es preciso realizar una cronología de las disposiciones en discusión, que ha sido la siguiente:

La Ley 4ta de 1992, mediante la cual se establecen las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, así como para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, de conformidad con el artículo 150, No. 19, Literales e y f de la Constitución Política Colombiana, constituyó la base para que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 610 de 1998, adicionado por el 1239 del mismo año, creara una prestación denominada “Bonificación por Compensación” a partir de 1999, la cual, con carácter permanente, se adicionaría al salario mensual y demás ingresos laborales de los funcionarios de la rama judicial.

Dicha “Bonificación por Compensación” se creó en favor de los siguientes funcionarios, a saber:

- 1. Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar.*
- 2. Los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia*
- 3. Los Magistrados Auxiliares de la Corte Constitucional*
- 4. Los Magistrados Auxiliares del Consejo Superior de la Judicatura*
- 5. Los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado*
- 6. Los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional*
- 7. Los Fiscales del Tribunal Superior Militar*
- 8. Los Fiscales ante el Tribunal Superior del Distrito*
- 9. Los Jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito*

Así mismo se estableció, que dicha suma solo constituiría “factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes”. De igual manera, se determinó que el pago de dicha Bonificación por Compensación” se efectuaría mensualmente, otorgándole efectos fiscales a partir del primer día del mes de enero del año de 1999.

El Decreto 610 en su parte considerativa, estipuló que para el año correspondiente a la primera apropiación presupuestal, una vez que esta misma se apruebe, es decir para el año 1999, se aplicara un ajuste a los ingresos que iguale al 60% de aquello que devenguen por todo concepto los Magistrados de las Altas Cortes; para la vigencia fiscal siguiente, es decir para el año 2000, el ajuste igualaría al 70% y , por último, a partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal, es decir el año 2001, ese porcentaje se elevaría al 80%.

En el mismo año 1998, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1239 adicionó el Decreto 610, extendiendo la aplicación del mismo a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y al Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

Por consiguiente, se observa que la voluntad del Gobierno Nacional en dicha época no fue otra distinta que la de crear la denominada “Bonificación por Compensación” como una prestación que, progresivamente, condujera en el interior de un contexto de igualdad, a brindar a los servidores de la Rama Judicial un reconocimiento especial por su labor.

Corriendo aún el año 1998, el Gobierno Nacional derogó los decretos 610 y 1239 de 1998 mediante el Decreto 2668 de 31 de octubre de 1998. Atacado por vía judicial ante el Consejo de Estado, este decreto fue declarado nulo por falsa motivación, mediante Sentencia del veinticinco (25) de Septiembre de dos mil uno (2001¹).

En virtud de la nulidad del Decreto 2668 de 1998, varios funcionarios acudieron ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, para reclamar los pagos de las prestaciones derivadas de los Decretos 610 y 1239 de 1998 referidas a la “Bonificación por Compensación”.

En sus sentencias, el Consejo de Estado ha reiterado con claridad los efectos EX -TUNC que producen sus decisiones cuando de Actos Administrativos de trata. En el caso de la nulidad

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc Segunda, Sala de Conjueces, Rad. No. 395-99, Sentencia de 25 de Septiembre de 2001, C.P Álvaro Lecompte Luna.

que afectó el Decreto 2668 de 1998, tal circunstancia se manifiesta en la vigencia que a partir de allí retoman los Decretos 610 y 1239 de 1998, los cuales se aplicarán en la forma en que venía haciéndose justo antes de la expedición del acto declarado nulo.

En dichos decretos se estableció que la “Bonificación por Compensación” equivaldría al 60% de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes y debía hacerse efectiva durante toda la vigencia fiscal siguiente, sin restricción alguna, según lo preceptuado en los considerandos de tal disposición.

Preveía así mismo el Decreto que tal bonificación, durante las vigencias fiscales 2000 y 2001, debía incrementarse en el 70% y 80% respectivamente y sucesivamente, con el objetivo de llegar a la igualdad económica producto de la concertación entre el gobierno Nacional y los funcionarios de la Rama Judicial, cuyo origen se aprecia en las leyes 10 de 1987 y 63 de 1988.

En el año 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4040, creando una nueva bonificación denominada “Bonificación de Gestión Judicial”. Dicha nueva bonificación equivalía al 70% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes y podían acceder a ella quienes suscribiesen transacción, conciliación o desistieran con sus respectivos empleadores de los petitorios y las demandas en donde reclamasen la “Bonificación por Compensación”.

Siendo así, coexistieron dos regímenes salariales distintos aplicables a algunos funcionarios de la Rama Judicial; el Decreto 610 de 1998 y el Decreto 4040 de 2004². Dichas prestaciones establecidas en los 2 Decretos eran incompatibles y surtieron decisiones en ciertas situaciones en donde se negó la aplicación del Decreto 610.

En fallo del 14 de diciembre de 2011 expediente 11001-03-25-000-2005-00244-01, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 4040 del 2004, que creó la bonificación de gestión judicial para los Magistrados de Tribunales y auxiliares de las Altas Cortes.

² Esto lo determinó la Corte constitucional en la Sentencia de unificación SU- 037 de 28 de Enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar G.

Según la Sentencia, este Decreto también vulneraba el derecho a la igualdad, disminuía considerablemente la remuneración mensual de los funcionarios y conminaba a que los mismos realizaran contratos de transacción o conciliaran sus derechos ciertos e irrenunciables. Señaló la sala de Conjuces que el Decreto afectaba principios constitucionales de carácter laboral y, por consiguiente, que el Decreto violaba directamente derechos fundamentales como el trabajo.

Así las cosas, es preciso recordar que, a la actora al desempeñarse como Procuradora 17 Judicial II Ambiental y Agraria de San Andrés, le es aplicable lo dispuesto en el Decreto 610 de 1998 que consagra la bonificación que en la actualidad reemplaza a la figura de Bonificación por Gestión Judicial, disposición que en su artículo 2 señala:

“Artículo 2º. La Bonificación por Compensación de que trata el artículo anterior, se aplicará a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito”.

Por lo anterior, no resultan de recibo los argumentos del recurrente en apelación, pues el Decreto 610 de 1998 contiene una prestación de carácter PROGRESIVO en la búsqueda de alcanzar el 80% del salario de los Magistrados de las Altas Cortes para el año 2001, y el Decreto 4040 de 2004 inaplicable para este caso en particular ya que al haber sido declarada su nulidad la consecuencia lógica es haber salido del mundo jurídico desde su nacimiento, lo que habrá de reflejarse en el sentido de este fallo.

Por lo demás vale la pena resaltar que conforme a la jurisprudencia uniforme de esta Corporación, que los derechos laborales tienen carácter de irrenunciabilidad por mandato constitucional, razón por la que no puede tener validez el contrato de transacción suscrito entre el aquí demandante y la Procuraduría General de la Nación.

No está por demás recordar lo consignado en el fallo de nulidad ya mencionado proferido por esta misma Sección del Consejo de Estado (Proceso No. 2005-00244) M.P. (Conjuez) Carlos Arturo Orjuela Góngora, en el que se dejó clara esta situación y al respecto se dijo:

“Así entonces, los destinatarios del Decreto 610 de 1998, caso del accionante ganaron el derecho a la bonificación allí establecida desde que ingresaron al servicio de la Rama Judicial en sus condiciones de Magistrados, no pudiéndose mediante otra norma o acto jurídico, afectárseles tal derecho, por estar cobijados por el principio mínimo fundamental de derecho del trabajo, de la irrenunciabilidad de los derechos laborales por sus titulares, y por ello, no podrá un tercero, - El estado o los particulares – suprimirlos, pues, su carácter de derecho humano fundamental así lo impone, quedando amparados por la regla pro operario “De la Condición más Beneficiosa” consagrada en el Art. 53 Inc. 5° de la Constitución Política.”(...)³

Ahora bien, respecto de la Prescripción Trienal, aducida por la apelante, preciso resulta también seguir la línea jurisprudencial de esta Corporación, más concretamente en reciente sentencia del 10 de octubre de 2013 Radicación No. 73001-23-31-000-2008-00224-02 N. I. 0863-2012, Actor: Luis Avelino Cortés Forero Demandado: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con Ponencia del H. Conjuez, Dr. Gabriel De Vega Pinzón, en la que expresó esta misma Sala:

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

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc Segunda, Sala de Conjueces, Exp No. 18001233100020080010502 (1550-11), Actor: Margarita Fuertes Prada. demandado: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, C.P: Luis Fernando Villegas Gutiérrez.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”...”⁴

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

Es preciso señalar entonces que, en el presente caso, la exigibilidad del derecho se encontraba en discusión, precisamente, en razón a la vigencia del Decreto 4040 de 2004 el cual, tal y como es reiterado por los aquí demandados, establecía que la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998 era incompatible con la Bonificación por Gestión Judicial que consagró este decreto. Este argumento constituyó la motivación principal de la negativa a reconocer el pago de la Bonificación por Compensación del Decreto 610 de 1998 solicitada previamente por el demandante y expresada, por la Procuraduría General de la Nación en el acto cuya validez se discute.

Resultando claro además, que era el mismo Decreto 4040/04 el que impedía realizar las reclamaciones inherentes a la aplicación del Decreto 610 de 1998. Recuérdese el contenido del párrafo primero del artículo 1º de aquél:

“La Bonificación por Gestión Judicial tendrá efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2004 y es incompatible con la bonificación por compensación que hasta la fecha de presente decreto se viene reconociendo a los servidores citados en el presente artículo” (Subraya la Sala)

Así mismo la letra ordinal a) del artículo 2º del citado decreto, expresó:

“Artículo 2º.- Podrán optar por el reconocimiento y pago de la Bonificación por Gestión Judicial (...) siempre y cuando se encuentren en una de las siguientes situaciones:

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc Segunda, Subsección A, Exp No. 25000-23-25-000-2006-07735-01(1638-09), Actor: Álvaro Eugenio Márquez Sarmiento, Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

a) Quienes han iniciado acciones judiciales relacionadas con la Bonificación por Compensación y desistan de sus pretensiones, renunciando a la posibilidad de iniciar nuevas acciones en los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil". (subraya la Sala)

La transcripción de estas normas denota la imposibilidad en que las mismas colocaron a los destinatarios del Decreto 610 que se acogieron a la proposición del Decreto 4040, para hacer cualquier clase de reclamo diferente a la que ella contenía.

Amplio fue el análisis surgido en la Sala Unificada de Conjuces de la Sección Segunda de esta Corporación sobre la temática que hoy nos ocupa, para llegar a la conclusión de que sólo hasta el momento en que se dictó la Sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 se produjo la exigibilidad de la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998, por la coexistencia de dos decretos que creaban bonificaciones diferentes para los mismos destinatarios y, porque fue el Decreto 4040 de 2004 el que introdujo restricciones para reclamos posteriores, lo que llevó a que quienes en realidad tenían derecho a la Bonificación por Compensación establecida en el Decreto 610 de 1998 y se acogieron al Decreto 4040 de 2004 no pudieran presentar sus reclamaciones. Por ello, sería poco más que injusto aplicarles la prescripción ante semejante situación y, más aún cuando estamos en ausencia de los requisitos que hace nacer la prescripción cual es el de la exigibilidad del derecho.

Por tal sentido, el momento de la exigibilidad en este caso específico se reputa sólo hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004⁵, momento en el cual el demandante ya había interpuesto la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen al presente proceso judicial.

En estas circunstancias, le asiste razón a la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo San Andrés, Providencia y Santa Catalina y por ello se confirmará la

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc Segunda, Sala de Conjuces, Rad. No. 11001-03-25-000-2005-00244-01 (10067-2005), Sentencia de 14 de Diciembre de 2011 M.P . Carlos Arturo Orjuela Góngora.

sentencia en todas sus partes, negando como consecuencia el recurso de apelación interpuesto por la apelante y la petición sobre prescripción por ella elevada ante el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

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

FALLA:

CONFÍRMESE la Sentencia de 6 de febrero de 2014, proferida por la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Conjuces en la sesión de la precitada fecha.

CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS

Conjuez Ponente

JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA

Conjuez

ERNESTO FORERO VARGAS

Conjuez

Expediente No. 2152-14
Actor: SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH
Apelación de sentencia

PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ

Conjuez