



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

**SALA DE CONJUECES
CONJUEZ PONENTE: DR. PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015).-

RADICACIÓN: 880012331000201100033-02

No. Interno: 3732-2013

ACTOR: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA

**DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,
NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y
NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

Procede esta Sala de Conjueces a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN contra la sentencia emitida el 24 de junio de 2013 por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del CCA el doctor MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA, en su condición de Procurador Judicial Penal II, solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1) el oficio proferido el 1º de febrero de 2011 dentro del radicado No. 2011400008161 por el Departamento Administrativo de la

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

Función Pública, 2) el oficio proferido el 12 de enero de 2012 por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del radicado No. 2-2011-001252, y 3) el oficio S.G. No. 415 calendado el 2 de febrero de 2011 a través del cual el cual la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación negó la solicitud de reliquidación de su salario desde el 1° de enero de 2001 hasta la fecha, en el 80% del total de los ingresos que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes. Igualmente solicitó que se inaplique por inconstitucionalidad el Decreto 4040 de 2004 y, a título de restablecimiento del derecho, que se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar la bonificación salarial establecida en el Decreto 610 de 1998 desde enero de 2001 hasta cuando se realice su pago definitivo, que sumada 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 el 70% que se la ha cancelado con base en el Decreto 4040 de 2004; que se conmine a las demandadas 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 el demandante se realice de manera permanente y definitiva, mensualmente y por nómina en el 80% señalado, sumas que deberán ser indexadas en aplicación de las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Según los hechos de la demanda, el accionante desempeña el cargo de Procurador Judicial Penal II código 3PJ-EC desde el 4 de diciembre de 2000, con una remuneración del 70% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes. El Decreto 610 de 1998 creó una Bonificación por Compensación de carácter permanente que sumada a la prima especial de servicios y demás ingresos laborales iguale al 60%, 70% y 80% de los ingresos que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes para 1999, 2000 y 2001, respectivamente. El 31 de diciembre de 1998 se expidió el Decreto 2668 que derogó el 610 de 1998 y, posteriormente, el 13 de abril de 1999 se profirió el Decreto 664 por medio del cual se estableció una Bonificación por Compensación en la suma de \$2.382.250 mensuales, y derogó las disposiciones que le fueran contrarias. El Decreto 2668 de 1999 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

septiembre de 2001, por lo que Decreto 610 de 1998 recobró su efectos jurídicos y patrimoniales, norma que resulta más favorable en su calidad de servidor público. Ante la negativa del ejecutivo de reconocer su aplicación, varios Magistrados y Procuradores Judiciales demandaron la nulidad de los actos administrativos proferidos en ese sentido, muchos de los cuales obtuvieron sentencias favorables por lo que actualmente perciben un salario equivalente al 80% de lo que devengan por todo concepto los Magistrados de las Altas Cortes. No obstante, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4040 de 2004 por el cual creó una Bonificación de Gestión Judicial equivalente al 70% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, en el que señaló su incompatibilidad con la Bonificación por Compensación contenida en el Decreto 610 de 1998, por lo que ante la incertidumbre frente al reconocimiento del salario con base en este último, resolvió acogerse al Decreto 4040 bajo las condiciones señaladas en el mismo. En tal medida, el salario percibido corresponde al 70% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes, lo que resultaría inequitativo frente a los demás servidores de igual rango que no optaron por el Decreto 4040 de 2004 y por lo cual devengan el 80% que reclama.

El actor reclamó la reliquidación y pago de las sumas respectivas ante la Procuraduría General de la Nación, la cual negó su solicitud y manifestó que el tema salarial era de competencia del Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública. Por tal razón el demandante instauró de tutela contra las 3 entidades, la cual fue resuelta el 21 de noviembre de 2008 favorablemente, aunque de forma parcial toda vez que no accedió a las pretensiones relacionadas con el pago retroactivo de las diferencias salariales. Impugnado el fallo, éste fue revocado en por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para resolver tal controversia. En tal medida, el servidor solicitó nuevamente el pago de la Bonificación por Compensación ante las entidades señaladas, las cuales negaron su petición mediante los actos administrativos que demanda mediante la presente acción.

El 24 de junio de 2013 la Sala de Conjuces del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina emitió fallo de primera

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

instancia en el que decidió acceder a las pretensiones de la demanda, decisión que fue apelada por la NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

El 2 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación ordenada por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la cual se declaró fallida; en auto del 6 de marzo de 2015 proferido en esta instancia se admitió el recurso presentado y el 21 de mayo se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, frente al cual respondieron el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, el demandante y el Ministerio Público.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor fundamentó su acción en la violación directa de las normas constitucionales y legales en las que deberían fundarse los actos demandados al inaplicarse los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

Lo anterior, al considerar que mediante los actos administrativos demandados se desconoció el derecho fundamental a la igualdad contenido en el artículo 13 constitucional que resulta aplicable frente al pago de salarios y demás prestaciones económicas bajo el postulado "a trabajo igual, salario igual", por cuanto se paga una prestación social sólo a algunos de los funcionarios que tendrían derecho a la misma. Tal situación resulta discriminatoria toda vez que no se puede justificar razonablemente un trato diferencial entre dos situaciones similares como ocurre frente a los Procuradores Judiciales II, si se tiene en cuenta que a algunos se les cancela el 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes en aplicación del Decreto 610 de 1998, mientras que otros, como acontece con el demandante, perciben el 70% en aplicación del Decreto 4040 de 2004 a pesar de tener la misma jerarquía, condiciones de trabajo y estar bajo un mismo régimen laboral. Este último decreto se profirió a pesar de conocer que algunos funcionarios devengaban el 80% señalado, por lo que con su expedición se desconoció un derecho cierto e indiscutible como el contenido en el Decreto 610 de 1998.

Tal situación conlleva, a su vez, el desconocimiento del artículo 53 de la Constitución Política por parte de las entidades accionadas que consagra el derecho de todo trabajador a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, a trabajo igual salario igual, derechos que no pueden ser desconocidos por ser irrenunciables y, por ende, no susceptibles de negociación, transacción o conciliación, como aconteció con la aplicación del Decreto 4040 de 2004 para lo cual se impuso a los beneficiarios de la Bonificación por Gestión Judicial la condición de desistir de cualquier pretensión futura encaminada al reconocimiento de la Bonificación por Gestión Judicial contenida en el Decreto 610 mencionado.

Finalmente, señala el demandante, la administración habría desconocido el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 según el cual las entidades públicas, al momento de expedir actos administrativos en el que se resuelvan peticiones para el reconocimiento de pensión de jubilación, prestaciones sociales y salariales, entre otros, deben tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en 5 o más casos análogos. Esto, al considerar que las entidades demandadas al emitir sus actos administrativos desconocieron decisiones judiciales proferidas anteriormente por el Consejo de Estado en las que se resolvieron casos análogos, bajo las que se trazó una línea jurisprudencial según la cual el régimen salarial aplicable a los Magistrados de Tribunal Superior es el establecido en los Decretos 610 y 1239 de 1998 por lo que su salario corresponde al 80% del total devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, porcentaje aplicable al demandante por ocupar un cargo de igual categoría.

LA SENTENCIA APELADA:

En sentencia proferida el 24 de junio de 2013 la Sala de Conjuces del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina resolvió decretar la nulidad del oficio S.G. No. 415 de la Procuraduría General de la Nación, declarar no probada la excepción de mérito de prescripción extintiva del derecho propuesta por la entidad y, a título de restablecimiento del derecho, declarar que el demandante tiene derecho a percibir un salario igual al 80% de lo que por todo

concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes y condenar a la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN al pago retroactivo de las diferencias salariales y prestaciones sociales causadas, mediante el reajuste del factor denominado “Bonificación por Compensación” desde el 1° de enero de 2001, según la fórmula señalada, así como al pago futuro de su salario mensual y prestaciones sociales como Procurador Judicial II, Código 3PJ-EC, en el porcentaje señalado; declarar probadas las excepciones perentorias de falta de legitimación en la causa formuladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Departamento Administrativo de la Función Pública, y negar las demás pretensiones de la demanda.

En cuanto a los fundamentos del fallo, inicialmente el Tribunal señaló la legitimación en la causa por pasiva por parte de la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN más no por la otras entidades demandadas en razón a que, ante la carencia de vínculo o relación jurídico sustancial con el demandante, procedió a analizar la legalidad del acto administrativo expedido por la primera.

A continuación se refirió a la improcedencia de la excepción de prescripción extintiva del derecho formulada por la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, ante lo cual sostuvo que frente a la bonificación contenida en el Decreto 610 de 1998 no opera esta figura por tratarse de un derecho laboral adquirido, de carácter cierto e irrenunciable frente al cual fue el Estado el que impuso la celebración coaccionada de acuerdos que lo afectaron, por lo que no podría imponerse ninguna sanción legal como lo es la prescripción.

En cuanto a la solicitud del reconocimiento de la diferencia porcentual entre el salario pagado al accionante y el contenido en el decreto mencionado, en primera instancia se sostuvo que mediante la Ley 4 de 1992 se facultó al Gobierno Nacional para modificar el sistema salarial de empleados del Congreso, Rama Judicial, Ministerio Público, Fiscalía General de la Nación, Organización Electoral y Contraloría General de la República para aumentar sus remuneraciones. Esto aconteció con el Decreto 610 de 1998 con el propósito de superar la desigualdad económica entre dichos funcionarios y los Magistrados de las Altas Cortes, decreto que se aplica de acuerdo a lo que señala en su parte motiva y no en la resolutive,

en la que se refirió a una bonificación equivalente al 60% del salario de los Magistrados de las Altas Cortes, según lo dispuesto en sentencia del 7 de febrero de 2007 expedida por esta Corporación. Este decreto fue derogado por el 2668 de 1998, a partir de lo cual se promulgaron otros como el 664 de 1999, 2783 de 2000, 1476 y 2726 de 2001 que consagraban la bonificación por compensación para servidores de la Rama Judicial con valores fijos para cada vigencia. Sin embargo, el Decreto 2668 fue anulado por el Consejo de Estado en fallo emitido el 25 de septiembre de 2001, declaratoria con efectos ex tunc lo que hizo que el Decreto 610 de 1998 recobrara su vigencia, es decir, que los derechos prestacionales contenidos en éste fueron restablecidos. Un efecto de la misma decisión es que, de conformidad con el artículo 66 del CCA, el Decreto 664 de 1999 y siguientes perdieran su fuerza ejecutoria así como ocurrió posteriormente con el Decreto 4040 de 2004, cuya nulidad fue declarada en sentencia del el 14 de diciembre de 2014.

Conforme con lo anterior, se determinó la procedencia parcial de las pretensiones de la demanda en el sentido de decretar la nulidad del acto demandado y, como restablecimiento del derecho, declarar el derecho del actor a percibir un salario igual al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes.

RECURSO DE APELACIÓN:

La NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia mediante el cual reiteró su oposición frente a las pretensiones de la demanda al considerar que, en calidad de nominadora, no tiene la facultad constitucional o legal para definir el régimen salarial de los funcionarios que conforman su planta de personal, de conformidad con la Constitución Política y la Ley 4 de 1992. La competencia para definir tal situación radica en el Gobierno Nacional, como lo hizo mediante el Decreto 4040 de 2004, acto revestido de validez y legalidad por lo que fue aplicado durante su vigencia.

En cuanto a los efectos de decisiones de nulidad, como la proferida frente al Decreto 4040 de 2004, indicó que aplican en cuanto a las personas que así

considere la administración, situaciones que son susceptibles de ser debatidas en sede judicial donde se determinarán los alcances particulares a través de la decisión que así se profiera.

Adicionalmente solicita que se declare la prescripción del derecho reclamado por el actor para el lapso comprendido entre los años 2001 y 2008, de conformidad con el artículo 151 del C.P.L., aplicable frente a servidores públicos como lo expresó por la Corte Constitucional en la sentencia C-745 de 1999, según la cual las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Para el caso en particular, cuando el servidor solicitó el reconocimiento y pago de las sumas pretendidas, es decir, el 6 de enero de 2011, había operado la prescripción hasta el año 2008, figura que habrá de aplicarse de conformidad con lo resuelto por el Consejo de Estado al resolver un caso similar en fallo del 28 de octubre de 2012 dentro del radicado No. 7300123310002008003842002, razones por la que solicitó se concediera el recurso de apelación interpuesto y se revoque la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Surtido el término del traslado para alegar de conclusión, el demandante y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA presentaron sus escritos respectivos, mientras que las demás entidades demandadas guardaron silencio. Por su parte, el Ministerio Público presentó su concepto luego de solicitar que se concediera el traslado previsto en el artículo 212 del CCA.

El apoderado del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA afirma que el asunto objeto de este debate es de stirpe estrictamente laboral, en cuanto se refiere a una nivelación salarial que cree tener derecho el accionante a partir de la aplicación del Decreto 610 de 1998, más no se discute su legalidad como tampoco la del Decreto 4040 de 2004, en cuanto al control de ésta se reserva al Consejo de Estado a través de la acción de simple nulidad. Lo que se cuestiona es la legalidad del oficio del 2 de febrero de 2011 proferido por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, único acto demandable mediante el

cual resolvió de fondo la petición del demandante sobre sus reconocimientos salariales y prestacionales, toda vez que los otros actos que fueron objeto de la acción se limitaron a informar sobre la falta de competencia del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, razón por la cual sería aquella la única llamada a responder ante las eventuales condenas judiciales que se impongan.

Si bien, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 188 de 2004, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA tiene a su cargo la formulación de políticas generales de Administración Pública, sus conceptos se emiten en los términos del artículo 25 del CCA por lo que no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad y, de ahí, que carezca de legitimación en la causa por pasiva para responder frente a las acreencias laborales demandadas, asunto que tampoco es susceptible de ser discutido en segunda instancia por no haber sido objeto del recurso de apelación que se resuelve. No obstante, coadyuva las pretensiones del mismo al considerar que la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004 no tiene un carácter ejecutorio o de condena y se limita a lo primero, es decir, a decretar su nulidad, lo que no supone la nulidad o inaplicación de los actos jurídicos consolidados mientras se mantuvo vigente, de conformidad con la jurisprudencia que cita emanada de las Altas Cortes y según la cual la nulidad de un acto general afecta únicamente las situaciones no definidas hasta el momento en que se profieran más no las que se encuentran consolidadas, frente a las cuales no se generan efectos retroactivos. Como quiera que el demandante presta sus servicios al ente de control desde el 4 de diciembre de 2000, momento para el cual había sido derogado el Decreto 610 de 1998, no podría ordenarse su aplicación menos aún cuando la nulidad del Decreto 4040 de 2004 no afecta situaciones individuales y concretas finiquitadas antes o durante su vigencia.

De otra parte, señala que el Decreto 610 de 1998 fue materialmente derogado por el Decreto 2668 de 1998 y aunque éste fue declarado nulo aquel no recobró su vigencia, solicitud que fue resuelta negativamente en sentencia del 8 de julio de 2002 proferida por el Consejo de Estado. Asimismo, señala que en fallo emitido el 28 de noviembre de 2012 por la Sección Segunda de esta misma corporación, expediente 2008-00384, se precisó que con la anulación del Decreto 2668 de 1998

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

revivió la bonificación por compensación y ésta fue regulada por las normas proferidas en los años siguientes las cuales no eran incompatibles con el Decreto 610 de 1998 por cuanto establecían la misma bonificación por compensación solo que en un monto inferior, contrario a lo ocurrido con el Decreto 4040 de 2004 que estableció la Bonificación por Gestión Judicial, incompatible con la primera y, aunque fue posteriormente anulado, produjo sus efectos mientras se mantuvo vigente. Ahora, no existiría derecho para el demandante al pago de la Bonificación por Compensación equivalente al 80% del total devengado por los Magistrados de las Altas Cortes como quiera que a través del Decreto 610 de 1998 no era posible afectar vigencias futuras (2000 y 2001) pero además, porque en su parte resolutive fijó dicha bonificación en el 60% de lo señalado.

En conclusión, no procede la declaratoria de los derechos cuyo reconocimiento solicita el actor ante la inaplicabilidad de los Decretos 610 y 1239 de 1998 por haber sido derogados antes de la expedición del Decreto 4040 de 2004 y sustituidos por los Decretos 664 de 1999, los cuales no han sido demandados ni anulados. Tampoco habría lugar a imponer una condena con efectos retroactivos desde el 1° de enero de 2001 ya que operó la prescripción por cuanto no constituye una prestación periódica si se tiene en cuenta que no le había sido reconocida pero además, por cuanto se acogió a la Bonificación de Gestión Judicial consagrada en el Decreto 4040 de 2004, por lo que en caso de ordenarse el pago de la Bonificación por Compensación debería restituir lo que recibió por concepto de la primera.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante afirma, inicialmente, que las actuaciones surtidas por la apoderada de la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN no tendrían validez, como quiera que la doctora Nidla Ivon Alvarado Manuel se desempeña como servidora pública de la entidad en el cargo de Profesional Universitario Grado 17 por lo que en aplicación del numeral 1° del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 y el numeral 5° del artículo 86 del Decreto 262 de 2000, no podría ejercer la Abogacía para representar los intereses de la entidad. En tal medida, considera la apoderada, no es procedente resolver de fondo el asunto sino emitir una decisión inhibitoria ya que uno de los presupuestos que determinan la competencia de la segunda instancia es la legitimación adjetiva por

pasiva del recurrente de la que carece la persona que representa judicialmente a la entidad.

Seguidamente manifiesta su oposición en cuanto a la operancia de la prescripción extintiva e indica que dicho término fue interrumpido por el demandante mediante la solicitud que elevó para la reliquidación de su salario, frente a lo cual la entidad contestó negativamente en oficio No. 3709 del 19 de agosto de 2008. Aunado a esto, se está en presencia de obligaciones de tracto sucesivo, por lo que toda conducta omisiva de la demandada se prolongó en el tiempo hasta su pronunciamiento y, de ahí en adelante. De otra parte, señala que no habría falta de legitimación por pasiva, como lo manifestó la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN al indicar que su actuación se dirigió a dar cumplimiento al Decreto 4040 de 2004 que fue expedido por el Gobierno Nacional, como quiera que la reclamación laboral debe dirigirse al empleador, es decir, a la entidad, mientras que éste último es ajeno a dicha relación. Finalmente, reitera los argumentos expuestos en la demanda relacionados con la aplicabilidad del Decreto 610 de 1998 que habría recobrado su vigencia con la declaratoria de nulidad de los decretos 2668 de 1998 y 4040 de 2004, razones expuestas por las que solicita se profiera un fallo inhibitorio en segunda instancia y, subsidiariamente, se confirme integralmente la sentencia apelada.

En el concepto allegado por el Ministerio Público se solicita que se confirme el fallo impugnado al considerar que en sentencia del 14 de diciembre de 2004 el Consejo de Estado se declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, pronunciamiento en el que claramente se exponen las razones para ello y mal haría en propender por su aplicación, circunstancia que a su vez deja sin argumentos el recurso de apelación interpuesto en tanto no existe razón para solicitar los efectos de dicha norma, por lo que la aplicable es el Decreto 610 de 1998 que establece una Bonificación por Compensación para los funcionarios allí señalados, entre los que se encuentra el demandante. Tampoco habría lugar a decretarse la prescripción de las sumas solicitadas, toda vez que el derecho a percibir la Bonificación por Compensación se causó el 12 de enero de 2012, fecha de ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

COMPETENCIA

De acuerdo con lo establecido por el Código de lo Contencioso Administrativo, es competencia del Consejo de Estado, en calidad de superior funcional, resolver las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, como acontece en el presente caso.

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

ANÁLISIS DE LA SALA

Mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho el doctor MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA, en su condición de Procurador Judicial Penal II, demandó el acto administrativo contenido en el oficio de fecha el 1° de febrero de 2011 emitido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, proferido el 12 de enero de 2012 por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el oficio No. S.G. No. 415 del 2 de febrero de 2011 por el cual la Secretaría General de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN negó la solicitud de reliquidación de su salario desde el 1° de enero de 2001 hasta la fecha, en el 80% del total de los ingresos que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes.

Tramitado el procedimiento respectivo, el *a quo* resolvió declarar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y acceder a las pretensiones del actor en cuanto a decretar

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

la nulidad del acto proferido por la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y, en restablecimiento del derecho, declarar que aquel tiene derecho a percibir un salario igual al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de las Altas Cortes, condenar al pago retroactivo de las diferencias salariales y prestaciones sociales causadas, mediante el reajuste del factor denominado “Bonificación por Compensación” desde el 1° de enero de 2001 y su ordenar el pago futuro de su salario mensual en el mismo porcentaje, decisión que fue recurrida en apelación por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante el recurso presentado la entidad solicitó la revocatoria del fallo, al considerar principalmente que el acto administrativo que emitió es legal por cuanto siempre actuó bajo los presupuestos de la ley vigente en su momento, como lo fue el Decreto 4040 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por lo que le corresponde a este último resolver las solicitudes que al respecto se presenten. Alega igualmente la prescripción de los derechos reclamados entre el año 2001 y 2008 en aplicación de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, término que se habría interrumpido con la petición que elevó para el reconocimiento de la Bonificación por Compensación y que fue respondido en el oficio del 2 de febrero de 2011.

Para resolver el presente caso, particularmente el debate que se genera en cuanto a la aplicación del Decreto 610 de 1998 para el reconocimiento y pago de la Bonificación por Compensación allí creada, como lo decretó el fallador de primera instancia y que constituye el primer aspecto contra el cual se dirige el recurso de apelación presentado por la entidad condenada, inicialmente es preciso hacer referencia a los parámetros normativos y jurisprudenciales conocidos frente al tema, para luego emitir la decisión que en derecho corresponda:

Mediante el Decreto 610 del 28 de marzo de 1998, el Gobierno Nacional creó la denominada Bonificación por Compensación para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

Nacional; los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito¹. Esta bonificación se estableció con carácter permanente, que, según el artículo 1°, *sumada a la prima especial de servicio y demás ingresos laborales, iguale al 60% de los ingresos laborales que por todo concepto reciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, y sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes*. Conforme con el artículo 3°, se pagaría mensualmente, una vez aprobado el presupuesto presentado por el Gobierno al Congreso con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1999.

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

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

“El Decreto en cuestión no hace más que conferir una bonificación a los funcionarios de la Rama Judicial que permita superar la desigualdad económica entre ellos, y esto solo se logra al establecer las bonificaciones del sesenta, setenta y ochenta por ciento para los años 1999, 2000 y 2001, y esa fue la decisión tomada por el Gobierno Nacional, el cual implícitamente aceptó y reconoció en buena medida, el

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

derecho salarial que venían reclamando los funcionarios allí mencionados, y que terminaron como es de público conocimiento por vía de transacción y conciliación. Es bien sabido que una de las características de los actos administrativos es la de ser una manifestación de voluntad de un ente de derecho que toma una decisión con efectos jurídicos². Esta decisión no se encuentra circunscrita a la parte resolutive del decreto sino que está expresada en el decreto como un todo. Afirmar que la única bonificación comprendida en el Decreto 610 de 1998 es la que se encuentra en la parte resolutive sería caer en un formalismo del todo excesivo, contrario al ordenamiento jurídico colombiano, ya que este consagra el principio de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades (artículo 228 de la Constitución Nacional). En consecuencia, atendiendo al mandato constitucional de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades y a la decisión contenida en el acto administrativo dictado por el Gobierno Nacional, las bonificaciones del setenta por ciento (70%) y del ochenta por ciento (80%) para los años 2000 y 2001 respectivamente son de pago obligatorio para los funcionarios contenidos en el supuesto de hecho del Decreto, cuando así la demanda y la apelación de la misma parte lo pretende, como en este caso”³.

El Decreto 610 de 1998 fue adicionado mediante el Decreto 1239 del 2 de julio del mismo año con el fin de hacerlo extensivo a otros servidores públicos. Luego, el 31 de diciembre de 1998 se expidió el Decreto 2668, derogatorio de los anteriores,

² “El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos. La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual constituya, en materia de manifestación intencional, la voluntad de decisión que en el lenguaje de derecho comparado se denomina a veces providencia, otras veces resolución o decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia, es la virtualidad de producir efectos de derecho. Así, al acto administrativo, a la luz de ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención, ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para que como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho (...). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987, exp.549, C.P.: Hernán Guillermo Aldana Duque. En igual sentido, Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 1991, exp. 1588, C.P.: Yesid Rojas S.: “elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces dicho acto se coloca en condiciones de ser susceptible de control jurisdiccional 8...”. Sección Segunda. Sentencia del 18 de diciembre de 1991, exp. 3936, C.P.: Álvaro Lecompte Luna.

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

pero éste a su vez fue declarado nulo a través de sentencia emitida por esta sección el 25 de septiembre de 2001⁴ al resolver una acción de simple nulidad, decisión con efectos *erga omnes* y retroactivos o *ex tunc*. De allí se entiende que las situaciones se retrotraen al momento en que se expidió dicho decreto, como si no hubiese existido, por lo que deja de hacer parte del ordenamiento jurídico, lo que retornó la fuerza vinculante al Decreto 610 de 1998, actualmente vigente.

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

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

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

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

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

Contencioso Administrativo, se denomina “pérdida de fuerza ejecutoria”⁶, fenómeno que se traduce en que por mandato legal un acto administrativo no está llamado a seguir produciendo efectos, sin necesidad de declaración judicial que así lo disponga”.

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

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

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

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

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

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico (art. 66 C.C.A.), pues, es claro que, por ejemplo, un decreto reglamentario dictado por un gobernador, intendente - ya no los habrá, comisario - tampoco existirán - o alcalde, con fundamento en Ordenanza o acuerdo, no puede subsistir, seguir surtiendo sus efectos, ante la declaratoria de nulidad de aquélla o de éste realizada por sentencia ejecutoriada proferida por el juez contencioso - administrativo, en razón de desaparecer el objeto de la reglamentación; que el nombramiento de un funcionario, que requiere necesariamente la calidad de ciudadano, se vuelva ineficaz si posteriormente el interesado pierde la ciudadanía, caso en el cual la Administración se limita a constatar que se ha operado la desinvestidura, como lo sostiene E. Sayagues Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, Tomó 1, pág. 527); y, que el acto administrativo por medio del cual se ha reconocido y ordenado pagar una pensión de invalidez a un empleado público, pierda esa fuerza obligatoria y se extinga ante la circunstancia fáctica de que, con posterioridad, el empleado recupere totalmente su capacidad laboral, o al menos, en un porcentaje que coloque esa pérdida de la capacidad laboral en menos de su setenta y cinco por ciento.” Consejo de Estado, Sección Primera. Expediente 949. Sentencia del primero (1) de agosto de 1991. C.P. Miguel González Rodríguez.

para todos los efectos con la Bonificación por Compensación creada por el Decreto 610 de 1998.

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

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

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

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

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

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

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

La jurisprudencia constitucional, contenciosa y laboral, han sido uniformes en definir que los derechos laborales ciertos e indiscutidos por las partes y más aún cuando están establecidos y reconocidos en la Constitución y en las leyes, no pueden ser materia u objeto de transacción o conciliación. Que cualquier negocio celebrado en contra de esa prohibición resulta de pleno derecho ineficaz, razón por la cual, por contener el decreto 4040 de 2004, un régimen salarial regresivo para los Magistrados de Tribunales y sus otros destinatarios, respecto de los que ya habían adquirido mediante decreto 610 de 1998, corresponderá a esta Sala, garantizarle a los accionantes sus derechos adquiridos, máxime si conforme al artículo 2º de la Constitución Política, debió el Gobierno actuar según los fines esenciales del Estado, de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, cosa que no se vislumbra con el mencionado decreto, pues, además, contravino los altísimos deberes de respeto a la normatividad internacional, creando condiciones que le impiden a quienes a él se acogieron, de gozar de sus derechos laborales en las mismas condiciones que lo disfrutaban sus iguales, por lo que deberá inaplicarse dicha norma por inconstitucional, acogiendo el mandato del artículo 4º de la Constitución, y atendiendo que la jurisdicción que deviene de la soberanía le impone a este Tribunal el noble deber de administrar justicia y no arbitrariedad, lo cual implica atender sin restricción alguna que “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. ”

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

“Todo esto impone necesariamente concluir a la luz del Estado social de derecho, que los destinatarios del decreto 610 de 1998, caso del accionante, en su calidad

de Magistrados Auxiliar de Alta Corte, adquirió un derecho en sí mismo, y por ello no podía el Gobierno suprimírsele mediante la aplicación del regresivo decreto 4040 de 2004, y mucho menos a través de una transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles, que constituye además un desconocimiento a lo preceptuado en el capítulo III Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como ya se indicó.

Además, para la Sala, esa transacción carece de validez y de eficacia jurídica, por ser totalmente contrario a las normas constitucionales que se enlistaron en la demanda, máxime, si por una parte, de conformidad con los artículos 1523 y subsiguientes del Código Civil, existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; y por otra parte, porque según el Convenio 100 de la OIT, en sus artículos 2 y 3, Colombia, en vez de promover la desigualdad salarial entre iguales, debe “emplear los medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.”, para lo cual, debe aplicar “este principio por medio de: a) la legislación nacional; b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o d) la acción conjunta de estos diversos medios.”

Por ello, la Sala encuentra que se violó el principio de la progresividad, pues, habiendo los Magistrados de Tribunales y todos aquellos destinatarios del decreto 610 de 1998, alcanzado un nivel de protección como lo es el recibir una remuneración equivalente al 80% de lo devengado por los Magistrados de las Altas Cortes, mal podía el Gobierno adoptar una normatividad que conducía al retroceso de lo obtenido, máxime cuando compelmía a los que hubieren iniciado acciones judiciales relacionadas con la Bonificación por Compensación a desistir de sus pretensiones, renunciando expresamente a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones, o a suscribir contratos de transacción sobre derechos ciertos como dicha bonificación, lo cual, no está acorde con lo señalado por la Corte Constitucional y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el sentido que “las medidas regresivas que disminuyen una protección alcanzada a

un derecho social, se presumen en principio inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional de estos derechos, pero puede ser justificable y por ello, están sometidas a un control judicial más severo”, *pero en este caso, la Sala encuentra que el cambio no es constitucional, pues, no existen datos o parámetros suficientes y pertinentes para entender que con la reducción salarial y la desigualdad creada entre magistrados, unos devengando el 70% y otros el 80%, estando en situaciones iguales, se busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa y garantista, máxime si lo que se logró fue la afectación del contenido mínimo no disponible del derecho laboral comprometido y el derecho a la igualdad, siendo el beneficio alcanzado con la disminución salarial, muy inferior al costo social que apareja. En este sentido, la Sala hace suyos el pronunciamiento de la Corte Constitucional, ya transcrito.*

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

A partir de los fundamentos expuestos en la sentencia invocada, es claro que los derechos adquiridos bajo el Decreto 610 de 1998 resultan más favorables para los servidores que luego se acogieron al Decreto 4040 de 2004 mediante contratos de transacción o al desistir de las acciones judiciales en curso al representarles un salario mayor, por lo que la aplicación de este último generó una situación vulneradora del derecho laboral interno y los tratados internacionales que propugnan el respeto por los derechos de los trabajadores, lo que hace totalmente inviable su aplicabilidad, razones que llevaron a su declaratoria de nulidad.

En cuanto al caso en particular, para el momento en el que se inició la presente acción se encontraba vigente el Decreto 4040 de 2004, por lo que todavía se daba un debate jurídico en cuanto a su aplicabilidad frente al Decreto 610 de 1998, como

quiera que el demandante ocupaba su cargo como Procurador Judicial II Penal desde diciembre de 2000 pero se acogió a la Bonificación de Gestión Judicial creada con el primer decreto mencionado, bajo las condiciones allí exigidas.

La nulidad de esta norma hace que cese su aplicabilidad y que las situaciones presentes a la fecha de su expedición se retrotraigan a ese momento, es decir, que se rijan por las normas allí vigentes, validez que retoman como consecuencia directa de la nulidad del Decreto 4040 de 2004 el cual se considera como si no hubiese hecho parte del ordenamiento jurídico, lo que se conoce como efectos retroactivos o *ex tunc*, a los que anteriormente se hizo mención. En tal medida, toda controversia frente a la aplicabilidad del Decreto 610 de 1998 finiquitó, lo que hace inane cualquier otro debate al respecto sin que haya duda en cuanto al derecho del demandante a percibir la Bonificación por Compensación en el equivalente al ochenta por ciento (80%) del total percibido como salario por los Magistrados de las Altas Cortes, como lo preceptúa esta norma, lo que dará lugar a la confirmación de la decisión impugnada.

En cuanto al fenómeno de la *prescripción*, no hay lugar a su decreto toda vez que el derecho reclamado se hizo exigible a partir del momento en que la sentencia del 14 de diciembre de 2011, que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, quedó en firme. Previo a ello estaba el debate en cuanto a la aplicabilidad del Decreto 610 de 1998 a los funcionarios que se acogieron al Decreto 4040, como quiera que frente a éste operaba una presunción de legalidad, la cual quedó desvirtuada a través del fallo señalado, pero precisamente por ello aplicaba de forma plena. En esa medida, si bien el derecho reclamado era *debatible* por haber compelido a conciliar sobre derechos irrenunciables y que fue lo que llevó a interponer numerosas demandas como la que aquí se resuelve, no era un derecho *exigible* ya que el decreto bajo el cual se firmaron tales conciliaciones surtía plenos efectos por encontrarse revestido de legalidad para ese momento. De esta forma, solo hasta que se declaró su nulidad existe certeza en cuanto a la aplicación del Decreto 610 de 1998, como el único que regula actualmente la prestación reclamada.

Frente a la prescripción, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades al resolver casos similares, como aconteció mediante sentencia del 29 de abril de 2014 con ponencia del doctor Ernesto Vargas Forero, así:

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

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

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

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

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

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

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

las Altas Cortes, desde el 1º de enero de 2001 hasta el 31 de agosto de 2008.

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

Por lo anterior, no se declarará la excepción de prescripción como lo solicitó la NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el recurso de apelación interpuesto, petición coadyuvada por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA en sus alegatos, al considerar la aplicabilidad del Decreto 610 de 1998 según las razones expuestas y como lo decretó el fallador de primera instancia, por lo que se confirmará su decisión en todas sus partes.

Finalmente, en cuanto a lo manifestado por la apoderada del demandante al alegar de conclusión en relación con la invalidez de las actuaciones surtidas por la doctora Nidia Ivon Alvarado Manuel, representante judicial de la NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es necesario precisar que, en virtud numeral 1º del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 que cita en su escrito, en calidad de servidora pública se encuentra facultada para ejercer dicha representación como quiera que lo hace en función de su cargo, situación que es autorizada por la norma indicada, en ejercicio del poder que le fue conferido por la doctora Bibiana Rocío Aguillón Mayorga, Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad. En tal medida, no se encuentra incompatibilidad alguna de la servidora en calidad de apoderada, por lo que no es dable restar validez a sus actuaciones dentro del presente proceso.

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

⁹ Radicado 25000232500020100003502.

Radicación: 880012331000201100033-02 (3732-13)
Actor: MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación y otros

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2013 por la Sala de Conjuces del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: RECONOCER personería a la doctora Shirley Catheen Polo Ramírez, como Abogada sustituta del doctor Yesid Turbay Palacio, apoderado del demandante, para los fines y en los términos señalados en el documento de sustitución.

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

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

PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ

Conjuez Ponente

JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA

Conjuez

CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS

Conjuez

ERNESTO FORERO VARGAS

Conjuez