



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de agosto dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 067

TEMAS: EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DICTADAS DENTRO DE LOS PROCESOS EN EJERCICIO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE – PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES CUANDO ELLOS DERIVAN DE LA NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

INSTANCIA: PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES.

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 1 a 2 del expediente.



- 1.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo definitivo de fecha 24 de julio de 2012 – SG N° 3095 proferido por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del retroactivo y demás implicaciones e incidencias, de la diferencia salarial de lo devengado como Procurador Judicial II y el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde la fecha de posesión del actor, el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011.
- 1.1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene el pago del retroactivo y demás implicaciones e incidencias en las prestaciones laborales, de la diferencia salarial de lo devengado como Procurador Judicial II y el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde la fecha de posesión del actor, el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, como lo dispone el Decreto 610 de 1998, montos que deberán ser indexados con base en el IPC del mes en que se causaron y el mes en que se produzca el pago.
- 1.1.3. El incremento salarial se debe aplicar de manera retroactiva a los derechos laborales, tales como primas, auxilio de cesantías y demás derechos reconocidos.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Relata el actor que el señor Procurador General de la Nación mediante Decreto 2315 del 22 de septiembre de 2008, lo nombró en el cargo de Procurador 44 Judicial II Administrativo de Sincelejo, Código 3PJ, Grado EC, tomando posesión del mismo el 10 de octubre de 2008, el que ha venido desempeñando de manera continuada e ininterrumpida desde entonces como Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Sucre.



Asegura que los ingresos laborales de los Procuradores Judiciales II serán iguales al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Manifiesta que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 610 de 1998, complementado por el 1239 de 1998, mediante el cual estableció que a partir de la vigencia fiscal de 1999, se pagaría como salario equivalente al 60%, en el año 2000 a un 70%, y a partir del 1° de enero de 2001, el porcentaje del salario a pagar habría que corresponder al 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes.

Afirma que posteriormente, mediante Decreto 2668 de 1998 se derogó el Decreto 610 y 1239 de 1998, el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia 395-99 del 25 de septiembre de 2001, recobrando vigencia esta última norma.

Expone que para la fecha de vinculación del demandante al cargo señalado (10 de octubre de 2008), se encontraba vigente el Decreto 4040 de 2004, por el cual el Gobierno Nacional creó una bonificación de gestión judicial que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales igualaba el 70% de lo que por todo concepto devengarán los Magistrados de las Altas Cortes.

Informa que en fallo del 14 de diciembre, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, recobrando vigencia el Decreto 610 de marzo 26 de 1998.

Indica que en el acto administrativo mediante el cual se agotó la vía gubernativa de fecha 24 de julio de 2012, la Procuraduría General de la Nación, reconoce que el actor se vinculó al referido cargo desde el 10 de octubre de 2008, situación que ocurrió en vigencia del Decreto 4040 de 2004, por lo que le reconoció y pagó la



bonificación de gestión judicial hasta el 26 de enero de 2012, con la cual se igualaron sus ingresos mensuales al 70% de los percibidos durante la misma época por los Magistrados de las Altas Cortes.

Asimismo, señala que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1102 del 24 de mayo de 2012, por el cual modificó la bonificación por compensación, entre otros para los Procuradores Judiciales II, con efectos desde el 27 de enero de este año, estableciéndola en un valor que sumado a la asignación básica y demás ingresos laborales iguala el 80% de lo que por todo concepto devengan anualmente los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, no obstante no se estableció allí consecuencia alguna con vigencias anteriores a la fecha en mención, por lo tanto, no se constituyó un título de imputación jurídica y presupuestal que permita reconocer y pagar la bonificación por compensación a los Procuradores Judiciales por tiempos de servicio como agentes del Ministerio Público anteriores a la vigencia del acto administrativo en mención.

Plantea que en el mencionado documento, la entidad no reconoce el pago de la diferencia reclamada, por cuanto no cuenta con un título de imputación jurídica y presupuestal que permita reconocer y pagar dicha prestación económica en el porcentaje pedido, con anterioridad al 27 de enero de 2012.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: La Constitución Política en sus artículos 53, 55 y 58; Ley 4º de 1992 en sus artículo 2º, literal a) y artículo 15; Decreto 610 de 1998.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Manifiesta que en fallo del pasado 14 de diciembre, el Consejo de Estado declaró



la nulidad del Decreto 4040 de 2004, que creó la bonificación de gestión judicial para los magistrados de tribunales y auxiliares de las altas cortes.

Argumenta que según este alto tribunal, el reconocimiento de esta prestación estaba supeditado a que estos funcionarios renunciaran a adquirir la bonificación por compensación, lo que afectaba el derecho a la igualdad entre funcionarios del mismo nivel o rango, disminuía inequitativamente la remuneración mensual e insinuaba la transacción o conciliación sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Aduce que esa Corporación explicó que en virtud del Decreto 610 de 1998 y de la sentencia que anuló su derogación, desde el 2001, existía un derecho laboral adquirido e irrenunciable a la bonificación por compensación, con la que se lograba una remuneración mensual equivalente al 80% de lo devengado por un magistrado de alta corte.

En ese sentido, refiere que la creación de una bonificación de gestión judicial, que implicaba recibir de forma inmediata, con la asignación básica y demás ingresos laborales, un 70% de esa suma, fue una medida regresiva que significó la eliminación de la bonificación por compensación.

Esgrime que la negativa de la entidad a reconocer y pagar la diferencia salarial reclamada, no tiene soporte jurídico, toda vez que al señalar que *“la entidad no reconoce el pago de la diferencia reclamada, por cuanto no cuenta con un título de imputación jurídica y presupuestal que permita reconocer y pagar dicha prestación económica en el porcentaje pedido, con anterioridad al 27 de enero de 2012”*, no tiene sustento legal, viola las normas citadas y desconoce la sentencia que anuló el Decreto 4040 de 2004.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:



- Presentación de la demanda: 24 de enero de 2013 (fol. 1 al 7).
- Inadmisión de la demanda: 21 de febrero de 2013 (fol. 29).
- Corrección de la demanda: 1 de marzo de 2013.
- Admisión de la demanda: 11 de marzo de 2013 (fol. 33).
- Notificación a las partes: 21 de marzo de 2013 (fol. 36).
- Recepción de acuse de recibo de la notificación: 21 de marzo de 2013 (fol. 37)
- Audiencia Inicial: 22 de julio de 2013 (fol. 65 a 67)
- Audiencia de Pruebas: 5 de agosto de 2013 (fol. 81 a 82)

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a fol. 48 a 52, en donde acepta el hecho de la existencia del vínculo laboral del demandante con la Procuraduría, afirmando con relación a los restantes que no puede negarlos o afirmarlos.

Se opone a las pretensiones de la demanda y presenta las siguientes excepciones:

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS:

Con fundamento en los artículos 151 del C.P.T.S.S., 41 del Decreto 3135 de 1969 y 102 del Decreto 1848 de 1969, afirma que los derechos reclamados por el demandante se encuentran prescritos.

OMISIÓN EN LA PETICIÓN DE CONCILIACIÓN AL NO INDICAR LA ACCIÓN CONTENCIOSA O MEDIO DE CONTROL QUE EJERCERÍA EL ACTOR: Asegura que en la convocatoria a conciliación se omitió en mencionado requisito formal, consagrado en el literal e del Decreto 1716 de 2009.



**OMISIÓN DEL CONVOCANTE DE NO HABER MANIFESTADO
BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO DE NO HABER
PRESENTADO DEMANDAS O SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN:**

Fundamenta esta excepción en el hecho de que el demandante incumplió con el requisito consagrado en el literal i del Decreto 1716 de 2009 ya referenciado.

1.5.2. ALEGATOS DE LAS PARTES:

-PARTE DEMANDANTE: Presentó en tiempo memorial visible a fol. 124 a 128, en donde reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio, agregando que los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de carácter general son retroactivos.

Para fundamentar lo anterior citó un aparte de la sentencia dictada por esta Corporación, calendada 10 de agosto de 2013, Radicado N° 70-001-33-33-002-2012-00053-01 – Demandante: ALFONSO PADRÓN ARROYO, Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL.

Por último esbozó que, teniendo en cuenta el reconocimiento que ha tenido la demandada con quienes han reclamado con las mismas pretensiones que en esta se piden, tal como se da cuenta en la relación de conciliaciones con acuerdos que se anexan con el oficio N° 2571 del 12 de agosto de 2013, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, resulta inequitativo y discriminatorio desconocer el derecho del actor, el cual comparte hechos y causa jurídica con quienes han sido beneficiados con el reconocimiento en sede administrativa impartido por la demandada.

-PARTE DEMANDADA: En escrito que reposa a folios 121 a 123 del cartulario, la entidad accionada replicó las razones de defensa consignadas en la contestación de la demanda, agregando que el demandante no probó lo dicho por él en el concepto de violación, por consiguiente, al no estar probadas tales afirmaciones deben ser desconocidas en la sentencia.



1.5.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En esta oportunidad no emitió concepto.

1.5.4. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

No intervino en el presente proceso.

II. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que el accionante es el interesado y afectado con el acto administrativo que se demanda.

La legitimación en la causa por pasiva, igualmente se encuentra acreditada, por ser la entidad demandada la que expidió el acto administrativo cuya nulidad se solicita.



Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotaron, dado que se demandó el acto administrativo que le negó al demandante el pago de una diferencia salarial (fol. 10 a 12), y que si bien contra el mismo procedía el recurso de reposición, este al tenor del inciso final del artículo 76 del C.P.A.C.A. no es obligatorio.

Por otro lado, se encuentra plenamente acreditado el agotamiento de la etapa de la conciliación previa ante el Ministerio Público², como requisito de procedibilidad del medio de control deprecado.

En cuanto a la caducidad, se tiene que el medio de control del caso de marras se presentó en tiempo, por cuanto, el acto administrativo data 24 de julio de 2012 (ver fol. 10), en consecuencia, los cuatro (4) meses para pretender la nulidad y el restablecimiento del derecho fenecían el 25 de noviembre de esa misma anualidad; no obstante, el cómputo del término de caducidad se suspendió con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial ante el Ministerio Público el día 8 de noviembre de 2012³, reanudándose a partir del 15 de enero del año 2013 con la expedición de la constancia de no conciliación (Fol. 16). Siguiendo este orden cronológico, al haber sido presentada la demanda el 24 de enero del 2013, huelga concluir sin hesitación alguna que el medio de control se ejerció dentro de la oportunidad legal.

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente proceso, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 2 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, sobre las excepciones formuladas de OMISIÓN EN LA PETICIÓN DE CONCILIACIÓN AL NO INDICAR LA ACCIÓN CONTENCIOSA O MEDIO DE CONTROL QUE EJERCERÍA EL ACTOR y de OMISIÓN DEL CONVOCANTE DE NO HABER MANIFESTADO BAJO LA

² Ver constancia emanada de la Procuraduría 164 Judicial II Delegada ante el Tribunal Administrativo de Sincelejo – Sucre (fol. 16).

³ Cuando faltaban 18 días calendario para que operara el fenómeno procesal mencionado.



GRAVEDAD DE JURAMENTO, EL NO HABER PRESENTADO DEMANDAS O SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN, dirá esta Corporación que las mismas no tienen la vocación de prosperar, ya que, en primera medida los mentados requisitos se exigen respecto de la **petición de conciliación extrajudicial**, al tenor de lo consignado en el artículo 6° del Decreto 1716 de 2009, y no respecto de los requisitos de la **demanda contenciosa administrativa**, contenidos en los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A., por lo que debieron de ser alegados ante la autoridad administrativa que realiza este tipo de trámites, sin que exista constancia alguna de esto, aunado a lo anterior, las supuestas irregularidades mencionadas por el extremo pasivo respecto de la solicitud de conciliación prejudicial, debieron ser detectadas por el agente del Ministerio Público que tramitó en sede administrativa tal actuación, las cuales se encontraron superadas por el mismo, dado que se llevó a cabo la audiencia de conciliación y se expidió la constancia de no conciliación por no existir ánimo conciliatorio, tal y como se desprende de las documentales que descansan a folios 15 a 16 del expediente.

De igual forma, si la parte demandada consideraba que tales requisitos hacían inadmisibles la demanda presentada en ejercicio del presente medio de control, debió presentar el recurso de reposición contra la providencia que dispuso la admisión de la misma, lo cual de conformidad con el discurrir procesal, no acaeció.

Adicionalmente, resultan ser afirmaciones carentes de soporte, dado que con relación a no indicar la acción contenciosa que se ejercerá, en el acta se lee textualmente *“PRETENSIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”*⁴, y no se anexa la solicitud de conciliación para soportar dicha afirmación y la omisión de que el convocante no haya manifestado bajo la gravedad del juramento haber presentado demandas o solicitudes de conciliación anteriores.

⁴ Fol. 15.



Por lo tanto, la Sala declarará no probadas las mencionadas excepciones, en el aparte resolutivo de esta sentencia.

Decantado lo anterior, y en lo que atañe a la excepción denominada PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS, la misma es un argumento sobre el fondo del proceso, por lo que se resolverá en conjunto con el problema jurídico principal, y se adentrará la Sala a estudiar el mismo.

2.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

Pretende el demandante se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 24 de julio del 2012, contenido en el oficio SG N° 3095, proferido por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se le negó el pago de una diferencia salarial.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad del acto determinado, teniendo en cuenta el marco propuesto por el demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación, y los argumentos esgrimidos por la parte accionada, por lo que a continuación se formulan los siguientes problemas jurídicos.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Qué efectos en el tiempo poseen las sentencias dictadas dentro de los procesos de nulidad simple en donde se anula un acto administrativo de contenido general?

¿En casos como el descrito, desde cuando debe empezarse a contar el término de



prescripción de los derechos laborales?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: 1. La aplicación en el tiempo de las sentencias que declaran la nulidad simple de actos administrativos de contenido general. 2. La prescripción de los derechos laborales en caso de nulidad de acto administrativo de contenido general. 3. El caso concreto.

2.4 LOS EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD SIMPLE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL⁵:

El tema de los efectos en el tiempo de los fallos en donde se declara nulo un acto administrativo de contenido general, suscita en todos los niveles cierta incertidumbre, dado que si se estudian las normas relacionadas con ello no encontramos regulación expresa que dé respuesta a esta inquietud jurídica, limitándose el Código Contencioso Administrativo a determinar que el fallo es obligatorio una vez en firme (artículo 174 del C.C.A.) y a afirmar que en esta clase de acciones hace transito a cosa juzgada *erga omnes* (artículo 175 *ibídem*)⁶. En igual sentido, la normativa vigente a la fecha contenida en la Ley 1437 de 2011 regula el tema de la misma forma en el artículo 189, trayendo solo una norma especial para lo relacionado con la acción de nulidad por inconstitucionalidad como control de constitucionalidad de los Decretos dictados por el Presidente de la República de los que no conoce en su constitucionalidad la Corte Constitucional, partiendo de la base de los efectos *ex nunc*, pero dejando en manos del Juez natural, el Consejo

⁵ Se puede ahondar en el tema en: ALZATE RÍOS, Luis Carlos. Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo. Armenia: Universidad La Gran Colombia, 2011, p. 189 y ss. Puede consultarse en: http://www.ugca.edu.co/images/documentos/editorial/Temas_de_derecho_procesal_administrativo_contemporaneo.pdf consultado el 25-07-2013 a las 11:34.

⁶ Se cita en el presente aparte las normas del C.C.A. o Decreto 01 de 1984, dado que el fallo de nulidad simple que da lugar a la demanda, fue expedida en su vigencia, el 14 de diciembre del año 2011. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SALA DE CONJUECES Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. Sentencia del 14 de diciembre de 2011. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00244-01(10067-05) Actor: JAIRO HERNAN VALCARCEL Y OTRO Demandado: GOBIERNO NACIONAL.



de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien conoce de esta clase de acciones en única instancia, el disponer lo efectos *ex tunc*, tal como se encuentra regulado en la actualidad con relación a los efectos en el tiempo de la declaratoria de inexecutable de una norma por parte de la Corte Constitucional (Artículo 45 de la Ley 270 de 1996).

Por lo anterior, ante la no solución del tema en la ley, acudimos a la doctrina, la que se encuentra dividida, así:

Los tratadistas LIBARDO RODRÍGUEZ R.⁷, JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ⁸, LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO⁹, GUSTAVO PENAGOS¹⁰, CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA¹¹, GABRIEL MUÑOZ¹², JESÚS ORLANDO CORREDOR ALEJO¹³ y en el ámbito internacional EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA – TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁴, son partidarios de los efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, sin que se afecten las situaciones consolidadas.

El tratadista y Consejero de Estado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA¹⁵, se inclina por proponer los efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, desde la ejecutoria del fallo.

⁷ RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Temis, 2007, p. 298.

⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez LTDA, 2000, p. 228.

⁹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Op. Cit.*, p. 512 y ss.

¹⁰ PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2008, Tomo II, p. 936.

¹¹ GÜECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 246 y 247.

¹² MUÑOZ, Gabriel. Efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad y nulidad de las normas tributarias. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 18 a 21.

¹³ CORREDOR ALEJO, Jesús Orlando. Firmeza, término de corrección y pago de lo no debido: visión bipolar del Consejo de Estado. En: REVISTA DE ORIENTACIÓN TRIBUTARIA IMPUESTOS Legis. Año 2010, no. 157. p. 10 a 15.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2001. Tomo I, p. 218 y ss.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tomo II, p. 303 y ss.



Por su parte, el Consejo de Estado, no ha sido claro en lo anterior, dando lugar a una línea incierta, es decir, a una tendencia jurisprudencial caótica.

Como punto de referencia de los efectos *ex tunc*, podemos citar del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo las sentencias del 6 de marzo de 1992 rad. 3662, del 5 de agosto de 1994 rad. 5656, del 26 de junio de 1998 rad. 8812, 15 de mayo de 2003 rad. 12248, del 30 de noviembre de 2006 rad. 15333, del 6 de marzo de 2008 rad. 15952, y de la Sala de Consulta de la misma corporación, el concepto del 23 de agosto de 2005 rad. 1672.

En sentido contrario, pueden consultarse las siguientes providencias de la misma corporación, sala y sección: 4 de junio de 2009 radicaciones 16085 y 16086.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y ante la inexistencia de una línea uniforme que pueda servir de soporte a la decisión del juez, es menester que este a través de la argumentación, elija la decisión que va a adoptar en el caso concreto, sin violar el precedente horizontal¹⁶, por lo que pasa la Sala a fijar su posición alrededor del tema en debate:

En primer lugar, el Estado debe regir sus relaciones con los administrados con fundamento en la buena fe (artículo 83 de la C.P.). Así las cosas, el Estado regulador debe ser consciente de los límites de la facultad reglamentaria¹⁷, al momento de normalizar la vida en sociedad de los particulares.

Igualmente, en caso de que en ejercicio de las funciones propias, como es la facultad reglamentaria, se ejerza de forma irregular o excediendo la misma, incurriendo en los predios del legislador, el juez administrativo, al anular dicho

¹⁶ En este sentido la doctrina nacional. Ver a LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 170 y 171.

¹⁷ Sobre el tema puede consultarse a MONCADA ZAPATA, Juan Carlos. El reglamento como fuente del derecho en Colombia. Bogotá: Temis. 2007.



acto ilegal, lo expulsa del ordenamiento jurídico, y todas las actuaciones que de él nacen, igualmente se les traslada la ilegitimidad de su fuente.

La ilegalidad del acto administrativo, que si bien se declara por parte del juez a partir de la ejecutoria de la sentencia, existió desde el momento mismo de la expedición del acto, por lo que no puede darse validez a todos los actos generados del acto nulo, dado que eso trastocaría el Estado de Derecho y el sistema de fuentes del derecho, facultando al Presidente de la República y a otras autoridades administrativas con facultades reglamentarias como la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a limitar o condicionar la vigencia de la ley en sentido formal, la que claramente se encuentra por encima del reglamento en el sistema de fuentes del derecho. En apoyo de lo anterior, la doctrina expresa:

“... la vigencia de la Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento contrario a la misma, por mucho que sea el aquietamiento de los interesados y el tiempo que transcurra sin que se produzca reacción en contra de dicho Reglamento. En todo el problema de los Reglamentos ilegales la cuestión es siempre la misma y sumamente simple: si se diese eficacia a un Reglamento que está en contradicción con una Ley ello supondría negar esa misma eficacia a una Ley en pleno vigor, concretamente a la Ley infringida por dicho Reglamento.”¹⁸

Por otra parte, es claro que a través de la acción de nulidad simple, se introduce en el proceso una pretensión declarativa, es decir, se pretende que el juez contencioso administrativo, previa verificación de la violación de las normas superiores en que debería fundarse el acto, declara que el mismo es nulo, es decir, simplemente constata la existencia de un vicio que nació con el acto mismo, diferencia esencial que tienen este tipo de pretensiones con las constitutivas, las que dan nacimiento a una situación jurídica desde el momento de su pronunciamiento, caso que no es el de la pretensión de nulidad. Por ello, el acto es ilegal desde su nacimiento.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2001. Tomo I, p. 219.



Como argumento final con relación al tema en debate, tal como se expresó, no existe norma general en la normativa adjetiva contenciosa administrativa que regule el tema. Sin embargo, el legislador de manera expresa, ha determinado tres casos en los cuales los efectos de las sentencias de nulidad de actos administrativos rigen hacia el futuro. Estas normas son los artículos 24 de la Ley 35 de 1993¹⁹, 38 de la Ley 142 de 1994²⁰ y 6 numeral 6.3. de la Ley 1150 de 2007²¹. En aplicación del principio de efecto útil de la norma²², sería la regla general el dar efectos retroactivos a los fallos de nulidad, y solo en los tres casos regulados por el legislador de manera expresa como excepciones, dar efectos hacia el futuro. Interpretar de otra forma, haría inocua la regulación expresa dada por el legislador en los casos mencionados.

¹⁹ “ARTÍCULO 24. EFECTOS DE LA ANULACIÓN. La anulación de los actos administrativos unilaterales que permiten determinadas operaciones a quienes manejan, aprovechan o invierten recursos captados del público; o que les ordenan variar el monto del capital, del patrimonio, de los activos o de los pasivos, o el valor de sus acciones o bonos; o en virtud de los cuales las entidades públicas hayan adquirido derechos en la administración o en el patrimonio de aquellas instituciones, u obligaciones por sus actos, sólo producirá efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia que la declare. Pero en estos y en casos similares, si la sentencia que anula el acto administrativo ordena el restablecimiento del derecho lesionado o la reparación del daño, ello se hará en dinero, en cuanto sea necesario para no perjudicar a quienes hayan obrado de buena fe.”

²⁰ “Artículo 38. Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe.”

²¹ “6.3. De la impugnación de la calificación y clasificación. Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá interponer recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los treinta (30) días siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito.”

Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

En firme la calificación y clasificación del inscrito, cualquier persona podrá demandar su nulidad en desarrollo de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Para el efecto será competente el Juez de lo Contencioso Administrativo en única instancia.

La presentación de la demanda no suspenderá la calificación y clasificación del inscrito, ni será causal de suspensión de los procesos de selección en curso en los que el proponente sea parte. El proceso se tramitará por el procedimiento ordinario a que se refiere el Código Contencioso Administrativo. Adoptada la decisión, la misma solo tendrá efectos hacia el futuro.”

²² Por el principio de efecto útil, entendemos, citando para ello la H. Corte Constitucional: “Conforme al principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual siempre debe preferirse aquella interpretación que confiere pleno efecto a las cláusulas de la Carta puesto que no debe suponerse que las disposiciones constitucionales son superfluas o no obedecen a un designio del Constituyente, resulta claro para la Corte Constitucional que las funciones electorales que deben ser objeto de regulación mediante ley estatutaria van más allá de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana (CP art 152 literal d) o de la regulación de los derechos de participación de las personas y de los procedimientos y recursos para su protección. La Constitución confiere a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político; se trata pues de derechos fundamentales que deben ser respetados y garantizados por el Estado.” Sentencia C-145 de 1994.



Lo anterior, siempre limitado por las situaciones consolidadas, es decir, en caso de que exista caducidad o prescripción de la acción de reclamo, hace que se consolide la situación y se vuelva la misma incontrovertible. En este sentido la jurisprudencia patria:

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (“desde entonces”)²³, esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo.²⁴

En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”²⁵.²⁶

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de junio de 1999, Rad. 5260, C.P. Juan Alberto Polo.

²⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: *“la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977. Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas.”*

²⁵ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, 19 de abril de 1991, Rad. 3151; Sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva; Sentencia de 23 de marzo de 2001, Rad. 11598, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 21 de septiembre de 2001, Rad. 12200; Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 5 de julio de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051). Actor: MUNICIPIO DE PUERTO BOYACA. Demandado: LA NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA-FONDO NACIONAL DE REGALIAS.



Igualmente, en la sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO –citada *ut supra*²⁷- que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 se reiteró la tesis respecto de los efectos *ex tunc* de los fallos de nulidad, bajo el siguiente tenor:

“Para la Sala, con la expedición del decreto 4040 de 2004, y su aplicación en este caso concreto, constituye un evidente incumplimiento del Convenio 111 de la OIT, en cuanto conforme a su artículo 2, Colombia, quedó obligado “a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. No lo hizo, todo lo contrario, adoptó medidas discriminatorias que se encuadran perfectamente en el literal b) del artículo 1, del mismo Convenio.

Se tiene entonces que conforme al texto del decreto 610 transcrito, a partir del primero (1º) de enero de 2001, la remuneración para el demandante en su condición de Magistrado destinatario de él, era y es, el equivalente al ochenta por ciento (80%) de la totalidad de lo percibido como salario por todo concepto por un Magistrado de una Alta Corte.

Se acusa la falta de validez y de eficacia del negocio jurídico (transacción), por estimar que es totalmente contrario a las normas constitucionales que vienen enlistadas en la demanda. Pues bien, los artículos 1523 y subsiguientes del Código Civil, establecen que existe objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Y, por su parte el artículo 1526 del mismo estatuto, prevé:

“Los actos o contratos que la ley declara inválidos, NO DEJARÁN DE SERLOS por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”.

Es claro entonces, que habiéndose celebrado un negocio jurídico de transacción entre las partes y cuyo objeto lo fue o estuvo constituido por derechos laborales ciertos e indiscutidos, tales como el monto del salario de los Magistrados de conformidad con en el decreto 610 de 1998, resulta indiscutible también, la ineficacia de ese negocio jurídico, ineficacia que además, no requiere de declaración judicial. En efecto, esa naturaleza le queda adscrita a la transacción en referencia al haber involucrado como su objeto derechos laborales calificados expresamente por normas constitucionales como irrenunciables, inconciliables e intransigibles.

Aparece acreditado que al demandante en su condición de Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, se le reconoció y pagó un salario igual al setenta por ciento (70%) de lo percibido por los Magistrados de las Altas Cortes.

²⁷ Ver nota al pie N° 6.



Queda en evidencia, que contrariando los contenidos materiales de la Constitución, se creó una discriminación inconcebible para el demandante al firmar la susodicha transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles, presentándose una desigualdad entre iguales, quedando unos Magistrados con un salario del 80% y otros, como el actor, con un salario equivalente al 70%, de lo que devengan los Magistrados de las Altas Cortes, irrespetándose la dignidad de esta especial categoría de servidores públicos, no siendo aceptable de ninguna manera esta transacción por cuanto su objeto es contrario a derecho, no es un bien mercantil - acciones o cualquier mercancía - susceptible de ello, sino derechos laborales irrenunciables.

*En este orden de ideas, y, en aplicación de los artículos 4º y 230 de la Constitución Política, la Sala de Decisión, para este caso, inaplicará por inconstitucional, las disposiciones del Decreto N° 4040 de 3 de diciembre de 2004, y reiterará que los **destinatarios del decreto 610 de 1998, mantienen incólumes los derechos allí consagrados.***

Fuera de ello, también vienen al caso los razonamientos hechos por la Sala de Conjuces de la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto de esta misma temática, en la sentencia del 26 de julio de 2011, con ponencia del Conjuce Jorge Iván Acuña Arrieta, dictada en el proceso radicado bajo el N° 0704-2010, demandante: Rafael Moreno Vargas, demandada: La Nación (Rama Judicial), así:

“En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República, con el Decreto 610 de 1998, adicionado por el No. 1239 de 1998, creó la prestación social de carácter remuneratorio laboral y permanente “Bonificación por compensación” adicional al salario mensual a favor de funcionarios de la Rama Judicial, a partir del año 1999, encaminado a restablecer paulatina y progresivamente la desigualdad existente entre los beneficiarios y los Magistrados de las Altas Cortes, derivados de acuerdo laboral concertado entre el Gobierno Nacional y el gremio afectado, cuyo antecedente inmediato se halla consignado en las leyes 10 de 1987 y 63 de 1998, determinadamente del incremento pactado, para equilibrar el ingreso salarial al 80% de mayor salario de los altos funcionarios.

La mencionada bonificación fue creada a favor de: (i) los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; entre otros.

Y 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”. Se estableció que su pago sería mensual, se le otorgaron efectos fiscales desde el 1º de enero de 1999 y, en la parte considerativa del Decreto 610 de 1998, se precisó que “para la vigencia fiscal siguiente” el ajuste igualaría “al setenta por ciento (70%)” de lo que devengaran “por todo concepto” los magistrados de las Altas Cortes y que “a partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal” ese porcentaje se elevaría al 80%.



Es decir, el Decreto pretendía “superar la desigualdad económica entre los dos niveles mencionados”.

Mediante el Decreto 1239 del 2 de julio de 1998, el Gobierno adicionó el Decreto 610 de ese año y extendió “la aplicación de la bonificación por compensación 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”, toda vez que su remuneración equivalía “al 39.24% de la asignación básica mensual de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente”.

Por el Decreto 2668 el Gobierno derogó los Decretos 610 y 1239 de 1998. Decreto éste que fue a su vez demandado ante el Consejo de Estado en acción de nulidad y, mediante Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil uno (2001), lo declaró nulo, tras estimarlo afectado por el vicio de falsa motivación.

Fue así, como se creó el Decreto 664 del 13 de abril de 1999, “por el cual se establece una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”, cabe destacar que, en efecto, el mismo fue expedido por el Gobierno para revivir la “Bonificación por Compensación” prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, a su vez derogados por el Decreto 2668 de 1998. Respecto del mencionado Decreto 664 de 1999, en otra Sentencia, del 11 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado puntualizó que el mismo no había creado una bonificación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239 de 1998, pues se trataba “del mismo derecho con diferente cuantía” y agregó que el Decreto 664 de 1999 “perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el Decreto 2668 de 1998, como consecuencia de que el Decreto 664 se expidió sobre la base de que la bonificación por compensación a que se refieren los Decretos 610 y 1239 no existía”.

Aclaró el Consejo que “como los efectos de la nulidad administrativa son ex tunc, vale decir, desde entonces, dejan la situación jurídica en el estado en que se encontraba antes de la expedición del acto declarado nulo”, así que, a consecuencia del fallo de 25 de septiembre de 2001, “recobraron vigencia los Decretos 610 y 1239 de 1998 que establecieron un derecho económico para determinados servidores de la Rama Judicial” y “al recobrar vigencia los Decretos 610 y 1239 obviamente su ejecución no puede traducirse en nada diferente a que deban pagarse los derechos allí establecidos”.
(Negrilla y subrayado de la Sala)

Por lo argumentado, para esta Corporación, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de contenido general posee efectos retroactivos, salvo en los tres



casos ya estudiados en donde la normativa aplicable de forma expresa consagra lo contrario.

Así entonces, definido lo anterior entrará este Cuerpo Colegiado a estudiar el tema de la prescripción alegada, acorde con los planteamientos de la entidad demandada.

2.5 LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN CASO DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO GENERAL:

La prescripción, entendida esta en este contexto como una forma de extinción de los derechos por su no ejercicio o reclamo en cierto tiempo, tiene su regulación legal en el ámbito administrativo laboral en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 101 del Decreto 1848 de 1969²⁸, en el sentido de que los derechos de contenido laboral prescriben por el paso del tiempo de tres (3) años, contado dicho término desde que el derecho se hizo exigible, sin reclamo directo o judicial sobre el punto.

Así, resulta clara la norma cuando se trata de prestaciones y derechos que efectivamente se causan en determinado tiempo. Y no en tratándose de casos como el aquí analizado, en donde el derecho que se discute se encuentra en entredicho por la existencia de un acto administrativo de contenido general que impide a la administración reconocerlo. Surge la inquietud de desde dónde debe empezarse a contar la prescripción, si desde la fecha de vinculación del accionante -10 de octubre de 2008-, interrumpiéndose solamente con el reclamo escrito

²⁸ El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Artículo 41º.- 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.”

Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.



elevado por el mismo en el año 2012, o desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 que afectaba al actor.

Para la Sala, resulta claro que con anterioridad a la declaratoria de nulidad del acto administrativo en mención, el actor no podía reclamar y la administración no podía reconocer derecho alguno diferente al reconocido en el mismo, pues como acto administrativo de contenido general, goza de las calidades de ejecutoriedad, ejecutividad y presunción de legalidad.

Por ello, para este dispensador de justicia, el derecho al reclamo de lo que se había dejado de reconocer en virtud del acto administrativo general declarado nulo surge solamente al momento en que se declara la nulidad del mismo y queda debidamente ejecutoriada la sentencia que así lo indica, posición esta que es asumida de forma reiterada por el Consejo de Estado en casos que poseen una analogía abierta por el presente, como los concernientes al tema de la prima de actualización de los miembros retirados de la fuerza pública, de las cuales la Corporación cita las siguientes:

“Ahora bien, sobre las inconformidades expuestas en el recurso de apelación, esta Subsección, venía reconociendo el derecho a la prima de actualización desde la fecha de su creación –1º de enero de 1992- y hasta el 31 de diciembre de 1995.

*No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 2002, con ponencia del **DR. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**, señaló:*

“Sin embargo, mientras estuvieron vigentes, los parágrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995 mantuvieron privado de este derecho al personal en retiro, que, por tanto, no podía reclamarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares o, por mejor decir, la obligación de esta entidad no era entonces exigible. En consecuencia, mal podía hacerse correr la prescripción contra quien no podía exigir su derecho, y al decidirlo así la



Subsección falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Prospera, entonces, el primer cargo.

Se infirmará en este aspecto la sentencia, y en su lugar, se revocará la del Tribunal para reconocer al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro, por efecto de la prima de actualización, entre el 1º de enero de 1993 y el 16 de abril de 1994, derecho que no se extinguió por prescripción.”²⁹

En igual sentido, la siguiente providencia:

“Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

No puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para el personal en servicio activo.

Sólo con el fallo del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, actor Cesar Alberto Granados, con ponencia del Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, la Sección Segunda accedió a la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 en las frases “QUE LA DEVENGUE EN SERVICIO ACTIVO” y “RECONOCIMIENTO DE”, razón por la cual los Oficiales en retiro tuvieron plena certeza para reclamar la prima de actualización, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, hizo que las cosas se retrotrayeran al estado en que se encontraban.

Debe estimarse entonces que es a partir de dicho momento en que la obligación se hizo exigible para quienes estaban en retiro, pues se suprimió el obstáculo de orden legal que no les permitía devengar dicho emolumento, como quiera que la prima de actualización sólo estaba consagrada para los oficiales en servicio activo.

En otros términos, para los miembros retirados existía un impedimento de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por ende,

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Sentencia del 26 de octubre de 2006. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01729-01(2745-05). Actor: SERGIO PINZÓN OCHOA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.



se puede afirmar que el derecho a devengar dicha prestación sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición y ejecutoria de las sentencias referidas.

En este orden de ideas, como la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” fue expedida el 14 de agosto de 1997, y quedó ejecutoriada el 19 de septiembre de ese mismo año, el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para los años 1993 y 1994 empezó a contarse a partir de esta fecha, venciendo el 19 de septiembre de 2001. Por su parte, la sentencia del 6 de noviembre de 1997 mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de idénticas expresiones en el decreto 133 de 1995, quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de ese mismo año, por lo que el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para 1995, vencía el 24 de noviembre de 2001.”³⁰

Por lo analizado, para esta Corporación la vigencia del decreto que regulaba la situación salarial del actor impedían a quienes pretendían la aplicación de otra normativa, reclamación alguna sobre el tema y reconocimiento de derechos por la administración. Por lo tanto, solo desde la fecha de ejecutoria de la sentencia que excluyó del ordenamiento jurídico el acto tantas veces aludido, nació la posibilidad de que los empleados con cargos análogos a los del accionante accedieran a dicho derecho, no operando la prescripción trienal a quienes hayan realizado el reclamo administrativo previo, antes de los tres años siguientes a la ejecutoria aludida.

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, doctrinales y jurisprudenciales para estudiar:

2.6 EL CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite* se encuentra debidamente probado que el actor RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ fue nombrado a través del Decreto N° 2315 del 22 de septiembre del 2008 en el cargo de Procurador 44 Judicial II Administrativo de

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 31 de mayo de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-2002-00004-01(5646-05). Actor: FIDEL ANTONIO ROJAS GONZÁLEZ. Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.



Sincelejo, Código 3PJ, Grado EC³¹; tomando posesión del mismo el día 10 de octubre del 2008³².

Asimismo, se encuentra acreditado que el accionante solicitó a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN el pago de la diferencia entre lo devengado como Procurador Judicial II desde el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, y el 80% de lo que durante el mismo lapso de tiempo fue devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, esto amparado en el Decreto 610 de 1998; negando tal pedimento la entidad accionada a través del acto administrativo SG N° 3095 fechado 24 de julio de 2012³³.

Pues bien, vertiendo los fundamentos jurídicos esbozados a lo largo de estos considerandos al caso concreto, esta Judicatura concluye que el acto administrativo objeto de impugnación debe ser declarado nulo, por ir en contravía de las normas en que debería fundarse y de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado que dispuso la anulación del Decreto 4040 de 2004.

En efecto, tal y como se reseñó en precedencia el actor fue nombrado y tomó posesión como Procurador Judicial II Administrativo de Sincelejo en vigencia del Decreto 4040 de 2004³⁴, el cual en su artículo 1 disponía:

“Artículo 1°. A partir de la vigencia del presente Decreto, créase una Bonificación de Gestión Judicial, 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, para los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la misma fecha se vinculen al servicio en los empleos que se señalan a continuación:

...

Igualmente, tendrán derecho a esta Bonificación de Gestión Judicial quienes ingresen, con posterioridad a la publicación de este Decreto, a la Procuraduría General de la Nación, en

³¹ Ver folio 13.

³² Ver folios 14.

³³ Folios 10 a 12 del expediente.

³⁴ Vigente a partir del 3 de diciembre de 2004 - Diario Oficial 45751 de diciembre 3 de 2004.



*empleos en los que actúen de manera permanente como Agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal a que se refiere el presente artículo.
...*

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del anterior acto administrativo de carácter general y dado los efectos “*desde entonces*” que ostenta tal decisión judicial, es claro para esta Corporación que al actor le asiste el derecho al pago de la diferencia salarial, entre lo devengado en el mentado cargo, desde el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, y el 80% de lo que durante el mismo lapso fue devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, esto de conformidad con el Decreto 610 de 1998³⁵.

A lo anterior se arriba, ya que, al desaparecer de la vida jurídica el Decreto 4040 de 2004, se generó respecto de la situación laboral de RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ, el derecho a que **desde el mismo momento de su vinculación**, sus ingresos laborales se igualaran al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devengan anualmente los Magistrados de las Altas Cortes, y dado que tal y como se encuentra acreditado se le pagó el 70% de tal suma³⁶, se le vulneró el derecho a la igualdad, ya que se le aplicó un régimen salarial diferente y desfavorable respecto de funcionarios que se encontraban en su misma categoría, conculcando con ello las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 53 de nuestra Carta Política.

Analizado lo dicho a la luz del concepto de la violación presentado, se reitera que es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante, dado que el actor posee el derecho al pago del retroactivo deprecado, ya que así lo indica la normativa ya estudiada, de rango

³⁵ Dentro de los considerandos del Decreto 610 de 1998 se dejó consignado: “*A partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal, los ingresos laborales serán igual al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado;*”

³⁶ En el numeral 2 del acto administrativo demandado se estableció: “*Teniendo en cuenta que su vinculación al cargo de Procurador Judicial II ocurrió en vigencia del Decreto 4040 de 2004, la Procuraduría General de la Nación le **reconoció y pago la bonificación de gestión judicial hasta el 26 de enero de 2012, con la cual se igualaron sus ingresos anuales al 70% de los percibidos durante la misma época por los Magistrados de Alta Corte***”. (Resaltado fuera del texto original)



legal y constitucional, y la jurisprudencia.

2.6.1. LIQUIDACIÓN DEL DINERO QUE SE DEBE PAGAR.

Pues bien, a consecuencia de la declaratoria de nulidad de acto administrativo SG N° 3095 fechado 24 de julio de 2012 y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar a favor de RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ, la diferencia salarial de lo devengado como Procurador Judicial II y el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde la fecha de posesión del actor, el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, con los respectivos reajustes legales anuales debidamente indexados mes a mes, conforme los índices que hubiere certificado el DANE.

La diferencia porcentual reconocida, será indexada tomando como base la variación porcentual de los índices de precios al consumidor certificada por el DANE, para lo cual se tomará la fórmula adoptada por la jurisdicción en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

$$Ra = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es lo dejado de percibir por el actor por el concepto del 10% de la bonificación por compensación desde la fecha en que se hizo exigible la obligación – 10 de octubre de 2008-, por el guarismo que resulte dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia, entre el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará



separadamente, mes por mes para cada porcentaje debido, comenzando desde la fecha de su causación, y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Por último, partiendo de la base de la posición asumida por la Sala en torno a los efectos retroactivos de las sentencias de nulidad de actos administrativos generales, salvo en los tres casos ya estudiados en donde la normativa aplicable de forma expresa consagra lo contrario, **es claro que las acreencias laborales pretendidas en el presente asunto no se encuentran prescritas**, por cuanto, el mencionado acto administrativo general fue declarado nulo por el Consejo de Estado, a través de sentencia ya reseñada en esta providencia³⁷, la que se notificó en a través de edicto No. 0004 publicado el 20 de enero de 2012 a las 8 a.m. y desfijado el 24 del mismo mes y año, tal como puede ser corroborado en la página web de dicha Corporación nacional³⁸.

Por lo tanto, desfijado el edicto, corrieron los tres (3) días de ejecutoria para solicitar aclaración, complementación o adición, los días miércoles 25, jueves 26 y viernes 27 de enero de 2012, sin que en el registro de la misma página web conste que se haya presentado solicitud alguna en este sentido, por lo que el fallo cobro ejecutoria el último de los mencionados días.

En consecuencia, desde dicha fecha corrió el término de prescripción trienal de que tratan las normas ya mencionadas, y así el actor contaba hasta el 27 de enero de 2015 para reclamar la diferencia salarial en debate, por lo que al presentar la petición en el año 2012, reclamó dentro de dicho plazo y por ende no ha prescrito derecho alguno de los materializados a su favor, razones suficientes para negar la excepción de PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SALA DE CONJUECES Consejero ponente: CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00244-01(10067-05) Actor: JAIRO HERNAN VALCARCEL Y OTRO Demandado: GOBIERNO NACIONAL

³⁸ En el siguiente enlace se puede consultar el mencionado edicto:
<http://190.24.134.67/sentencias/SENTPROC/F11001032500020050024401S2EDICTO20120119112035.doc> consultado el 26-08-2013 a las 11:29.



2.7 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes.

En consecuencia, en aplicación del numeral 2 del artículo 392 del C.P.C. en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA³⁹ y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente al 2% del valor de las pretensiones (\$ 124.457.998, fol. 3) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 24 de enero de 2013, lo que equivale a la suma de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$2.489.159)**.

En firme la presente providencia, ordénese que por secretaría se realice la liquidación correspondiente.

III. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Judicatura concluye que los fallos que declaran la nulidad de un acto administrativo de contenido general, poseen efectos retroactivos, salvo las excepciones legales, y los derechos que se puedan reclamar derivados de la nulidad declarada solo prescriben tres (3) años después de la fecha de ejecutoria del fallo que la declara, razones por las cuales no prospera la

³⁹ “III

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1 ASUNTOS.

3.1.2. Primera instancia.

...

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

...”



excepción de prescripción y se despachan favorablemente las súplicas de la demanda, al encontrarse probado que el acto administrativo impugnado violó las normas en que debería fundarse, especialmente las consagradas en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de 1991.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones formuladas por la entidad demandada denominados OMISIÓN EN LA PETICIÓN DE CONCILIACIÓN AL NO INDICAR LA ACCIÓN CONTENCIOSA O MEDIO DE CONTROL QUE EJERCERÍA EL ACTOR, OMISIÓN DEL CONVOCANTE DE NO HABER MANIFESTADO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO EL NO HABER PRESENTADO DEMANDAS O SOLICITUDES DE CONCILIACIÓN y PRESCRIPCIÓN DE LOS DERCHOS LABORALES RECLAMADOS.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo SG N° 3095 fechado 24 de julio de 2012 expedido por la Secretaría General de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante el cual se negó a RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ, el reconocimiento y pago del retroactivo de la diferencia salarial de lo devengado como Procurador Judicial II y el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde el 10 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011.

TERCERO: CONDÉNESE a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar al actor el retroactivo y demás implicaciones e incidencias en



las prestaciones laborales tales como primas, auxilio a las cesantías y demás derechos previamente reconocidos, de la diferencia salarial de lo efectivamente devengado como Procurador Judicial II y el 80% de lo devengado por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, desde su fecha de posesión, el 10 de octubre de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2011, como lo dispone el Decreto 610 de 1998.

CUARTO: CONDÉNESE a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a que sobre las sumas adeudadas le pagué al actor el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo.

QUINTO: La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

SEXTO: CONDÉNESE en costas al demandado PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. **FÍJENSE** las agencias en derecho en la suma de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$2.489.159)**. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento, **EXPÍDASE** copia con destino a la partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C. Las copias destinadas a las partes, serán entregados a los apoderados judiciales que han venido actuando.



El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 96.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Impedido⁴⁰

⁴⁰ Impedimento manifestado el 12 de febrero de 2013 (fol. 24 y 25) y aceptado por auto del 14 de febrero de 2013 (fol. 27).