

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 01 DE ORALIDAD

Magistrado Ponente: **Dr. FABIO IVAN AFANADOR GARCIA**

Tunja, veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ALBERTO CARREÑO GALLO
DEMANDADO:	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACIÓN	150012333000 201300513-00

=====

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA. (fol.2-12)

El señor Alberto Carreño Gallo pretende la nulidad del Oficio DSAF-0P-001711 del 11 de octubre de 2012 del Director de Administrativo y Financiero de Fiscalías de Tunja y de la Resolución No. 2-4616 del 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación. A título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la demandada a la reliquidación de las cesantías, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de vacaciones correspondientes a los años 1994 a 2011. Así mismo, que se condene al pago de la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Los enunciados fácticos que soportan las pretensiones del demandante son los siguientes:

El demandante Alberto Carreño Gallo prestó sus servicios a Fiscalía General de la Nación desde el año 2004 al 2011, desempeñando los cargos de Fiscal Seccional de Tunja y Director Seccional de Fiscalías.

Afirma que las prestaciones sociales que se causaron durante ese periodo *-cesantías parciales, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de vacaciones-*, fueron liquidadas sin incluir el factor salarial prima especial del 30%, el cual devengó y debía ser parte de su salario mensual.

Señala que el 26 de septiembre de 2012 presentó derecho de petición ante la Dirección Seccional Administrativa de Fiscalías de Tunja, en el que solicitó la reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial del 30%.

Que mediante el Oficio DSAF – OP – 001711 del 11 de octubre de 2012, el Director Administrativo y Financiero de Fiscalías de Tunja negó la petición presentada.

Contra el anterior oficio el demandante interpuso recurso de apelación, decidido mediante Resolución No. 2 – 4616 del 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación, por la cual se confirmó la decisión tomada en el anterior oficio.

Afirma que la demandada ha incurrido en la mora que sanciona la Ley 244 de 1995, por el no pago de sus cesantías definitivas con todos los factores, concretamente la prima especial del 30%.

I.2. CONTESTACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fol.50-55)

La Fiscalía General de la Nación se opone a las pretensiones de la demanda.

Señala que el actor estaba cobijado por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 53 de 1993, norma esta que fue acatada estrictamente por la entidad al liquidar las prestaciones sociales del actor.

Considera que la sentencia de nulidad del artículo 7 del Decreto 038 del 8 de enero de 1999, proferida el 14 de febrero de 2002, solo tiene efectos respecto de las prestaciones sociales causadas en el período que regulaba, no obstante que el citado artículo fue reproducido en los

decretos subsiguientes. Así, alega que *"los decretos salariales expedidos por el gobierno durante las vigencias de los años 2000, 2001 y 2002, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, gozan de presunción de legalidad, por lo que deben seguirse aplicando hasta que la autoridad competente se pronuncie al respecto"* (fol.52).

Propone la excepción de prescripción bajo los siguientes argumentos:

"... porque la primera sentencia que decretó la nulidad de la expresión 'sin carácter salarial' contenida en el Decreto No. 038 de 1999, fue emitida el 14 de febrero de 2002, por su parte, mediante sentencia de fecha 15 de abril de 2004 se declaró la nulidad del artículo 8 de decreto 2743 de 2000, al paso que la primera petición del demandante fue hecha el 26 de 2012, de donde se infiere que ya habían transcurridos los tres años, operando el fenómeno de la prescripción ... pues la existencia del derecho a que se liquiden las cesantías y prestaciones, con la inclusión de la prima especial como factor salarial, emerge de la sentencia que declaró nula la exclusión de dicho factor ..." (fol.54).

I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Parte demandante: reitera los argumentos expuestos en la demanda y cita apartes de sentencia que identifica como de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 29 de abril de 2014 expediente 1686-07. Finalmente invoca los derechos a la igualdad, al mínimo vital y móvil, los principios de favorabilidad y primacía de la realidad (fol.195-204).

Parte demandada: reitera lo expuesto en la contestación a la demanda (fol.205-215).

II. CONSIDERACIONES

II.1. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico en el presente caso, conforme quedó delimitado en la audiencia inicial, se circunscribe al estudio de legalidad del Oficio DSAF-OP-001711 del 11 de octubre de 2012 del Director Administrativo y Financiero de Fiscalías de Tunja y de la Resolución No. 2-4616 del 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación. Para el efecto, debe determinar la Sala si las prestaciones sociales causadas durante el tiempo que el actor prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación fueron liquidadas incluyendo la prima especial del 30% que afirma recibió mensualmente.

Además, la Sala examinará la excepción propuesta de prescripción extintiva del derecho reclamado.

II.2. HECHOS PROBADOS.

Se encuentra probado dentro del expediente que el actor ingresó a prestar sus servicios a la Fiscalía General de la Nación el 1 de noviembre de 1994, en el cargo de Fiscal Local de la Dirección Seccional de Fiscalías (Resolución de nombramiento 0-2217 del 5 de octubre de 1994 fol. 23 y acta de posesión fol.24).

El 1 de diciembre de 1996 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, en la Dirección de Fiscalías de Tunja (Resolución 0-2815 del 16 de diciembre de 1996 fol.57); tomó posesión del cargo el 26 de diciembre del mismo año (fol.59).

Mediante Resolución 621 del 15 de octubre de 2003, el Director Seccional Administrativo y Financiero de Fiscalías de Tunja encargó al doctor Alberto Carreño Gallo las funciones de Fiscal 2º Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito de Tunja, *"mientras exista la vacancia definitiva del cargo"* (fol.133).

Mediante Resolución 139 del 15 de marzo de 2004, el Director Seccional Administrativo y Financiero de Tunja encargó al doctor Alberto Carreño Gallo de Fiscal 2º Delegado ante el Tribunal Superior de Tunja, hasta el 19 de marzo del mismo año (fol-139).

Por Resolución 2-2575 del 10 de octubre de 2008 de la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, se encarga al señor Carreño Gallo como Director Seccional de Fiscalías de la Seccional de Tunja, *"a partir del 14 de octubre de 2008 y por un término no superior a tres (3) meses"* (fol.233).

Mediante Resolución 2-0145 del 20 de enero de 2009, la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación encargó al demandante del cargo de Director Seccional de Fiscalías Seccional Tunja, *"a partir de la fecha de comunicación de este acto administrativo y mientras se provee la vacante del cargo"* (fol.227).

Mediante Resolución 0-0148 del 20 de enero de 2009, el Fiscalía General de la Nación nombró en el cargo Director Seccional de Fiscalías de la Dirección Seccional de Fiscalías de Tunja al doctor Alberto Carreño Gallo (fol.228). Tomó posesión del cargo el 231 de enero de 2009 (fol.229).

Mediante Resolución 2-0194 del 23 de enero de 2009, la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación aceptó la renuncia al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito, a partir del 2 de febrero de 2009 (fol.1 y 230 c. pruebas dda).

Por Resolución 2-1539 del 6 de julio de 2009, de la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, se trasladó al doctor Alberto Carreño Gallo a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta (fol.236-237).

Mediante Resolución 0-1446 del 28 de junio de 2010, el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del doctor Alberto Carreño Gallo en el cargo de Director Seccional de Fiscalías de Cúcuta (fol.268).

Se allegaron relación de pagos laborales efectuados por la Fiscalía General de la Nación al señor Alberto Carreño Gallo, de enero de 1997 a julio de 2009 (fol.156-168).

La Seccional Cúcuta de la Fiscalía General de la Nación allegó relación de devengados y deducidos de enero de 2009 a julio de 2010, correspondiente al señor Alberto Carreño Gallo (fol.184-192)

Según certifica la Subdirectora Seccional de Apoyo a la Gestión Boyacá, al señor Alberto Carreño Gallo le fue cancelada prima especial del 30% en el período comprendido del mes de febrero de 1997 al mes de diciembre de 2003 (fol.155).

Se encuentran en el expediente los actos acusados Oficio 001711 del 11 de octubre de 2012 del Director Seccional Administrativo y Financiero (c. pruebas dte) y la Resoluciones acusadas 2-4616 del 28 de diciembre de 2012 de la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación (c. pruebas dda).

II.3. ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

3.1. Tesis de la Sala.

La Sala negará las pretensiones de la demanda en atención a que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, y es así que, algunas de la diferencias prestacionales se encuentran afectadas por la prescripción extintiva trienal a que están sometidos los derechos laborales, y respecto de las restantes, se logró desvirtuar el fundamento fáctico que soportaba la pretensión del demandante de reliquidación.

3.2. Marco normativo del régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación fue creada por la Constitución Política de 1991, y según las facultades que la Carta otorgó al Presidente de la Republica, profirió el Decreto 2699 de 1991, estatuto orgánico de dicha entidad.

El artículo 27 transitorio de la Constitución Política dispuso la incorporación de algunos empleados de la Rama Judicial a la creada Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General y así lo reiteró el artículo 64 del Decreto 2699 de 1991.

En cuanto a la situación salarial y prestacional de los servidores públicos de la nueva Fiscalía General de la Nación, se dispuso en los numerales 1 y 3 del párrafo del artículo 64 del decreto en mención:

"1o. Las personas que se vinculen por primera vez o se acojan a la escala salarial prevista en el artículo 54, solo tendrán derecho al sueldo que corresponda al cargo según la nomenclatura y escala de salarios aquí señalados; no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras especiales que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.

Si por razón de estas primas tuvieron un sueldo superior al que les corresponde en el nuevo cargo, seguirán percibiendo éste hasta su retiro y sobre dicho sueldo se liquidaran los incrementos anuales en el porcentaje que señale la ley.

*... ..
3. Los funcionarios y empleados mencionados anteriormente (los incorporados a la Fiscalía General de la Nación provenientes de las mencionadas dependencias de la Rama Judicial), podrán optar por una sola vez, entre el régimen salarial y Prestacional que actualmente tienen o la escala de salarios prevista en el artículo 54 de este estatuto. Dicha opción podrá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la incorporación del funcionario o empleado a la Fiscalía General de la Nación." (paréntesis fuera de texto).*

Ahora bien, una vez proferida la Ley 4ª de 1992 y en acatamiento a lo dispuesto en ésta, el Gobierno Nacional estableció los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos de la Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Justicia Penal Militar, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, por medio de los Decretos 51, 52, 53, 54 y 57 de 1993, entre otros.

En el Decreto 51 de 1993 quedó consagrado el régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Judicial, de la Justicia Penal Militar, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo que no optaron por el nuevo régimen especial que se profería en desarrollo del párrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

El Decreto 52 de 1993 fijó la escala de remuneración para los empleos de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aplicable a los servidores que no optaran por el nuevo régimen proferido por el Gobierno Nacional invocando el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992

Este nuevo régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, establecido por el Gobierno invocando el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, fue el Decreto 53 de 1993.

En lo que interesa al sub examine, señaló el artículo 1 del Decreto 53 de 1993, que sería aplicable a quienes se vincularan al servicio de la Fiscalía General de la Nación a partir de enero del año 1993, dispuso su artículo 2:

*"Los servidores públicos vinculados a la Fiscalía General de la Nación podrán optar por una sola vez antes del 28 de febrero de 1993 por el régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto. **Los servidores públicos que no opten por el régimen aquí establecido continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha**". (Negrilla fuera texto)*

Precisó el artículo 11 ibídem, que los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que optaran por el régimen regulado en este decreto, el 53 de 1993, o se vincularan por primera vez a la entidad:

"... no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional, capacitación y las primas y sobresueldos establecidos en los Decretos 1077 y 1730 de 1992 y cualquier otra sobrerremuneración. Las primas de servicios, vacaciones, navidad y las demás prestaciones sociales diferentes a las primas aquí mencionadas y a las cesantías se regirán por las disposiciones legales vigentes...A los servidores públicos que tomen esta opción se les liquidarán las cesantías causadas con base en la nueva remuneración y en adelante no podrán recibir el pago de cesantías retroactivas si al momento de ejercer la opción a que se refiere el presente artículo tuvieron derecho a ellas."

Así las cosas, el Decreto 53 de 1993 se aplica a quienes i) se vincularon primera vez a la Fiscalía General de la Nación a partir de enero de 1993 y, ii) a quienes ya venían vinculados pero voluntariamente optaron por éste decreto, nuevo régimen salarial y prestacional de la Fiscalía General de la Nación.

Para lo que importa al sub examine, la Sala se referirá al régimen establecido por el Decreto 53 de 1993, que es aplicable al demandante como quiera que se vinculó por primera vez a la Fiscalía General de la Nación el 1 de noviembre de 1994, en el cargo de Fiscal Local en provisionalidad.

Pues bien, la Ley 4ª de 1992 dispuso en su artículo 14:

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

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil".

Parágrafo. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad".

La expresión que se subraya ha sido interpretada por el Consejo de Estado, entendiendo que la norma excluye de la prima creada por la Ley 4ª de 1992 a los empleados de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les aplica el régimen previsto en el Decreto 53 de 1993: i) los que se acogieron al nuevo régimen voluntariamente y ii) quienes ingresaron al servicio después de la entrada en vigencia del decreto.

Señaló el Consejo de Estado:

"En orden a tomar la decisión a que haya lugar, es indispensable fijar el alcance de las expresiones "... excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1º de enero de 1993" a que hace referencia el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, los cuales no eran destinatarios de la mencionada prima sin carácter salarial.

Para absolver el interrogante anterior, es necesario aclarar los siguientes aspectos: situación en que se encontraban los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación en la fecha de expedición de la Ley 4ª de 1992, escala de remuneración aplicable y alcance de las expresiones "... excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1º de enero de 1993."

Así, mediante el Decreto 2699 de 1991 se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el cual, en el artículo 54 adoptó la escala de salarios, en el artículo 64, autorizó al Fiscal General de la Nación para establecer la nomenclatura de empleos teniendo en cuenta los niveles establecidos en el mismo decreto e incorporando a distintos servidores a la planta de personal establecida para la Fiscalía.

En el numeral 1º del parágrafo del citado artículo 64 del Decreto 2699 de 1991, dispuso que las personas que se vincularan por primera vez o se acogieran a la escala salarial prevista en el artículo 54, sólo tendrían derecho al sueldo que corresponde al cargo, según la nomenclatura y escala salarial allí establecidos y advirtió que no tendrían derecho a primas

de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras especiales que estuvieran percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.

En el numeral 2º del mismo párrafo del artículo 64, el Decreto 2699 de 1991 señaló a los funcionarios que pasarían a la Fiscalía General de la Nación y en el numeral 3º ibídem dispuso que ellos podrían optar por una sola vez entre el régimen salarial y prestacional que "actualmente" tenían, o a la escala de salarios prevista en el artículo 54 de dicho estatuto, y que dicha opción podría ejercitarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la incorporación del funcionario o empleado a la Fiscalía General de la Nación.

Aquí es importante destacar el origen de dos formas de aplicación de la escala salarial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación:

A).- La aplicable a aquellos provenientes de otras entidades, que debían incorporarse a la Fiscalía General de la Nación y que no se acogieron a la escala salarial prevista en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991. Estos además de la asignación básica tenían derecho a las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras que estuvieran percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta, y

B).- La aplicable a quienes se vincularon por primera vez o se acogieron a la escala de salarios prevista en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991.

...

Las anteriores precisiones sirven de fundamento a la Sala para afirmar que las expresiones "... excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1º de enero de 1993" contenidas en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, se referían a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación que se vincularon por primera vez, o que siendo de aquellos que debían incorporarse, se acogieron a la escala de salarios prevista en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991. Para ellos la citada disposición legal no contempló el establecimiento de la mencionada prima especial sin carácter salarial.

El Presidente de la República mediante los Decreto 53 de 1993, expidió normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo. A ellos se aplicaba la escala salarial que había sido establecida en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991.

En los años subsiguientes, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996, 52 de 1997, 50 de 1998, 2729 de 2001 y 685 de 2002, fijando el régimen salarial y prestacional de las servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, de obligatorio cumplimiento para quienes se vincularon al servicio con posterioridad a la vigencia del Decreto 53 de 1993, los cuales no son otros que aquellos a quienes se aplicaba la escala salarial que había sido establecida en el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991.

A ellos se referían las expresiones "... excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1º de enero de 1993" a que hace referencia el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, los cuales no eran destinatarios de la mencionada prima sin carácter salarial.

En esas condiciones es evidente que las disposiciones demandadas al señalar que "El treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial", contrarió las previsiones del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, pues como se ha venido haciendo claridad, estos, precisamente, eran los que la citada ley señalaba como no destinatarios de la misma"¹.

Ahora bien, el artículo 6 del Decreto 53 de 1993 dispuso:

"ARTÍCULO 6. El treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial de servicios sin carácter salarial.

*Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal Nacional
Jefe Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito
Fiscal ante Tribunal Nacional
Jefe Unidad Regional de Fiscalía
Fiscal ante Tribunal de Distrito
Fiscal Regional
Jefe Unidad Seccional de Fiscalía
Fiscal Seccional
Secretario General
Directores Nacionales
Directores Regionales
Directores Seccionales
Jefes de Oficina
Jefes de División."*

El anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de marzo de 2005 (C.P. Ana Margarita Olaya Forero, exp. 11001-03-25-000-1997-17021-01), al considerar que no se podía invocar el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 como fundamento para considerar el 30% del salario básico como una prima especial sin carácter salarial, ya que, como quedó visto, el referido artículo 14 excluyó de dicha prima a funcionarios de la Fiscalía General vinculados a partir del 1º de enero de 1993 a quienes se les aplicaba el Decreto 53 de 1993.

Señaló el Consejo de Estado en la referida providencia, citando la sentencia que había declarado la nulidad del artículo 8 del Decreto 2743 del 27 de diciembre de 2000² (mediante el cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación):

"En virtud de lo previsto en el Artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima a que ella se contrae a favor de los servidores que allí se enlistan, mas no los funcionarios que opten por la escala de salarios establecida para la Fiscalía General de la

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Proceso 0478-03 (C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado; mayo 11 de 2003).

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Proceso 712-01 (C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; abril 15 de 2004).

Nación con efectos a partir del 1º de enero de 1993, los cuales no son otros que los servidores de esa entidad a los que se refiere el Artículo 2 del Decreto 53 de 1993 que estatuye:

...
Esto, porque fue voluntad del legislador excluir de ese beneficio al personal de la Fiscalía General de la Nación proveniente de la Rama Judicial que fueron incorporados a ella y que en un principio decidieron conservar el régimen salarial y prestacional que tenían, pero que luego resolvieron cambiar de éste al establecido para esa anualidad -1993- mediante decreto 53 de 1993.

Empero, la Sala estima que esta excepción cobija también a los servidores de la entidad que por mandato del artículo 1 del citado decreto, obligatoriamente debían regirse por el sistema salarial en él consagrado, esto es, los que se vinculen a ella con posterioridad a su vigencia.

...
En este orden ideas, vale decir, si la excepción contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se extiende a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sujetos al régimen salarial previsto en el artículo 3º del Decreto 53 de 1993, bien por mandato del artículo 1º ejusdem -los que ingresaron después de su expedición-, o por decisión propia de aquellos que ya venían vinculados pero que habían continuado sometidos a las disposiciones que en esta materia los venían gobernando (art. 2 ibídem), forzoso es concluir que el artículo 8 del Decreto 2743 de 2000, objeto de impugnación, contraría lo normado en el artículo mencionado de la citada ley, por cuanto por mandato del legislador, unos y otros quedaron excluidos de la posibilidad de ser beneficiarios de la prima especial de servicio a que el mismo contrae.

Por esta razón no le era dable al Gobierno Nacional, invocando como sustento las disposiciones contenidas en esa ley, otorgar, por medio de la norma enjuiciada, el carácter de prima especial de servicios al 30% del salario básico mensual fijado en el artículo 4 ejusdem para los servidores de la Fiscalía que allí se enlistan...".

Concluye entonces el Consejo de estado que "El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno Nacional para establecer una prima a favor de los servidores allí enlistados, excluyendo a quienes optaron por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, es decir, quienes se incorporaron a la Rama Judicial y optaron por el Decreto ³53 de 1993, ni para quienes se hubieran vinculado con posterioridad a éste Decreto".

Es así que bajo los anteriores argumentos, el Consejo de Estado declaró nulos los decretos que anualmente expidió el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de empleados de la Fiscalía General de Nación del régimen del Decreto 53 de 1993, en lo que se refiere al señalamiento de la prima especial del 30% sin carácter salarial, así: "*sentencia del 14 de febrero de 2002⁴, que anuló el artículo 7 del Decreto 038 de 1999; sentencia del 15 de abril de 2004⁵, que*

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Proceso 0757-08 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; noviembre 21 de 2011).

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No Interno. 712-2001. Actor. Everardo Venegas Avilan.

anuló el artículo 8º del Decreto 2743 de 2000; la sentencia del 3 de marzo de 2005⁶ que anuló los artículos 6º del Decreto 53 de 1993 y 7º de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997; la sentencia del 13 septiembre de 2007⁷ que anuló los artículos 7 y 8 de los Decretos 050 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente”.

Los efectos de las anteriores sentencias fue rectificadas y unificadas por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, exp. 0230-08 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en la que se superó la diferencia que se había presentado en las sentencias de nulidad de los citados decretos. Consideró la Sala Plena que con la declaratoria de nulidad no se entendían reducidos en un 30% los salarios de los servidores de la Fiscalía, en cuanto dicho porcentaje no era un sobresueldo, como se había considerado en algunas sentencias, sino hacía parte del salario, así, se repite, éste no se redujo.

Así las cosas, con la declaratoria de nulidad del artículo 6 del Decreto 53 de 1993, así como la nulidad de los artículos correspondientes de los decretos que año a año había expedido el Gobierno Nacional⁸ fijando el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Fiscalía General de la Nación (del llamado régimen nuevo), queda sin fundamento la exclusión de los efectos prestacionales que la Fiscalía General de la Nación efectuaba del 30% del salario de los servidores de la entidad.

3.3. Caso Concreto.

Los actos demandados, Oficio DSAF-OP-001711 del 11 de octubre de 2012 del Director Seccional de Fiscalías de Tunja y Resolución No. 2-4616 del 28 de diciembre de 2012 de la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación, se profirieron con ocasión de la petición presentada por el actor el 26 de septiembre de 2012, de reconocimiento, liquidación y pago de *"cesantías, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de vacaciones, correspondientes a los períodos o años 1994 a 2012 con inclusión del 30% de la prima especial"* (fol.1 c.pruebas dte).

La Fiscalía General de la Nación, en los actos acusados, negó la reliquidación solicitada, bajo dos argumentos:

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero. No. Interno. 17021. Actor. Everardo Venegas Avila y otros.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. No. Interno. 0478-2003. Actor. Luz Mireya Amezcuita Ballesteros.

⁸ Artículo 7 del Decreto 038 de 1999; artículo 8º del Decreto 2743 de 2000; artículos 6º del Decreto 53 de 1993 y 7º de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996 y 52 de 1997; artículos 7 y 8 de los Decretos 050 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente.

- i) Respecto de las prestaciones sociales causadas desde el año 2003, señaló la demandada que *"para esas anualidades los decretos nacionales que fijaron el régimen salarial y prestacional para los servidores de la Fiscalía General de la Nación NO contemplaron la mencionada prima especial de servicios sin carácter salarial consistente en el treinta por ciento del salario básico mensual. Es decir, **a partir del año 2003 los salarios y prestaciones sociales se liquidaron en el caso concreto con base en el 100% del salario, razón por la cual carece absolutamente de objeto la petición y el recurso de apelación para el año 2003 a 2012** y este sentido se negará petición ... "* (fol.5 c.p.dte)
- ii) Respecto de la reliquidación de las prestaciones sociales causadas antes del año 2002, consideró la demandada que *"era obligación legal absolutamente vinculante para la Fiscalía General de la Nación liquidar las prestaciones del doctor Alberto Carreño Gallo, con base en lo que era considerado salario de conformidad con la normatividad vigente al momento de liquidar y pagar tales emolumentos, esto es, descontando el porcentaje que cada uno de los decretos nacionales fijó como prima especial sin carácter salarial."* Se refirió a los efectos de las sentencias de nulidad de la parte pertinente de los decretos que consagraron la prima de servicios sin carácter salarial, afirmando que *"... no está en la obligación de reconocer o reliquidar derechos ya reconocidos en vigencia de las normas declaradas nulas, por cuanto las mismas gozaron de plena validez y presunción de legalidad hasta el momento en que se produjo su retiro del ordenamiento jurídico, y las erogaciones hechas con base en tal normatividad se ajustaron plenamente al principio de legalidad en el gasto público y al carácter vinculante de las normas vigentes al momento de producirse la respectiva actuación administrativa"* (fol.5).
- iii) Para la entidad demandada las diferencias en **la liquidación de las prestaciones sociales que el petente reclama de los años 1994 a 2002 se encuentran afectadas por prescripción trienal**, contando dicho término desde la última de las sentencias del Consejo de Estado que declararon la nulidad de los decretos de se referían al 30% sin carácter salarial de la servidores de la Fiscalía General de la Nación, esta es, la sentencia del 27 de octubre de 2007.

Procede entonces la Sala a abordar los anteriores argumentos, a la luz de los cargos propuestos por la parte demandante, para establecer si procede la nulidad de los actos administrativos acusados y el consecuente restablecimiento del derecho.

3.3.1. De la prescripción extintiva.

Lo primero que advierte esta Sala de Decisión es que, tal y como lo señaló la Secretaria General de la Fiscalía General de la Nación en el acto acusado 2-4216 del 28 de diciembre de 2012, algunos de los derechos laborales reclamados por el demandante se encuentran afectados por prescripción trienal.

El Código Civil regula en su Capítulo 1 del Título XLI, el fenómeno prescriptivo como uno de los modos de adquirir el dominio de cosa ajena, y como modo de extinguir derechos, obligaciones y acciones, en virtud del trascurso de un lapso de tiempo sin haber ejercitado el dominio, el derecho o la acción, o por no haber reclamado la obligación. Establece el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

En materia laboral, fueron los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 de su reglamentario 1848 de 1969, los que establecieron el término de prescripción en tres (3) años para la reclamación de los derechos surgidos de una relación laboral con el Estado, sin perjuicio de normas que regulen la prescripción de ciertos derechos en particular o de regímenes especiales. Y los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo establecieron el mismo término para las relaciones laborales de carácter privado.

Para lo que interesa al sub examine, establece el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969:

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

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Conforme a la anterior norma el término prescriptivo comienza a correr desde la exigibilidad de la obligación.

En casos como el presente, en el que se discute la reliquidación de las prestaciones sociales de un funcionario de la Fiscalía General de la Nación cobijado por el Decreto 53 de 1993, con el 70% de lo devengado como asignación básica más el 30% de la mal denominada prima especial del 30%, el Consejo de Estado ha reiterado que la prescripción

empieza a correr desde la sentencia de nulidad del artículo 7º del Decreto No. 050 de 1998 proferida el 14 de febrero de 2002, ya que desde ese momento surgió la expectativa legítima de la reliquidación de las prestaciones sociales. Se cita, entre otras, sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 21 de noviembre de 2011, con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero (41001-23-31-000-2003-00804-01(0757-08)):

"De acuerdo con lo anterior, el término prescriptivo en estos casos sólo se contabiliza teniendo en cuenta la primera sentencia que decidió anular la expresión "sin carácter salarial" contenida en el artículo 7º del Decreto No. 050 de 1998 y que fue emitida el 14 de febrero de 2002, por ser el momento a partir del cual surgió para el funcionario una expectativa legítima de un derecho que se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, por lo que es claro que sólo en ese instante se puede afirmar que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirige la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial. En consecuencia, si la sentencia fue emitida el 14 de febrero de 2002 y la petición la elevó la actora el 8 de noviembre de 2002 (Fol. 26) es evidente que no operó el fenómeno prescriptivo; además, si la resolución 000100 del 16 de abril de 2003 con la que culminó la vía gubernativa se notificó el 28 de abril de 2003 (fl. 25) y la demanda se formuló el 6 de agosto de ese mismo año (fl. 21) tampoco se configuró la caducidad de la acción".

En atención a la anterior sentencia, criterio reiterado en varios pronunciamientos, se advierte que la pretensión de reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de la prima especial del 30%, se encuentra afectada por prescripción en el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 1994 (fecha de ingreso del actor al servicio de la Fiscalía) y el 25 de septiembre de 2009, como quiera que el actor reclamó dicha reliquidación ante la Fiscalía General de la Nación hasta el 26 de septiembre de 2012, mediante petición que originó los actos demandados, y que es la única que sobre el particular obra en el cuaderno administrativo allegado al proceso.

Así las cosas, la Sala declara probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de las diferencias prestacionales reclamadas del 1 de noviembre de 1994 al 25 de septiembre de 2009.

3.3.2. De la reliquidación de las prestaciones causadas del 26 de septiembre de 2009 a 30 de junio de 2010

Resta pronunciarse respecto de la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas del 26 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2010 (fecha de retiro del servicio del actor).

Sea lo primero aclarar que si bien en la demanda se solicita la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas hasta el 2011,

dentro del expediente se encuentra material probatorio que acredita que el actor prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación hasta el 30 de junio de 2010.

Pues bien, respecto de este periodo, tal y como lo señalan los actos acusados, la Fiscalía General de la Nación liquidó las prestaciones sociales causadas por el demandante tomando como ingreso base de liquidación el 100% de lo devengado como salario y sin que en las nóminas de dicho lapso figure la prima especial de 30% a que se refiere el actor. La anterior afirmación se hace bajo las siguientes consideraciones:

i) Con ocasión de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, de nulidad de los apartes pertinentes de los Decretos 108 de 1994, 49 de 1995, 108 de 1996, 52 de 1997, 50 de 1998, 38 de 1999, 2743 de 2000 y 2729 de 2001, que establecían el 30% del salario como prima especial sin factor salarial, y especialmente con la declaratoria de nulidad del artículo 6 del Decreto 53 de 1993, el Gobierno Nacional en los decretos de salarios proferidos a partir del 2003, no estableció la prima especial del 30% sin carácter salarial. Así puede verificarse en los Decretos 685 de 2002, 3549 de 2003, 4180 de 2004, 943 de 2005, 396 de 2006, 625 de 2007, 665 de 2008, 730 de 2009 y 1395 de 2010.

ii) Según certifica la Subdirectora Seccional de Apoyo a la Gestión Boyacá, al señor Alberto Carreño Gallo le fue cancelada prima especial del 30% en el período comprendido del mes de febrero de 1997 al mes de diciembre de 2003 (fol.155).

iii) Se verifica en las nóminas del demandante correspondientes a los meses de septiembre de 2009 a junio de 2010, que no figuran como devengada en este periodo la prima especial del 30% y que las prestaciones sociales se liquidaron sobre el 100% del salario.

Así las cosas, no es cierto, como lo afirma el demandante, que las prestaciones sociales devengadas y causadas entre el mes de septiembre de 2009 y el 30 de junio de 2010, no se liquidaron sobre el 100% del salario, y por tanto, tal y como lo señaló la Fiscalía General de la Nación en los actos acusados, carece de fundamento la reclamación reliquidación correspondiente a este de este periodo.

II.4. LA CONCLUSIÓN Y EL SENTIDO DE LA DECISIÓN.

Por lo hasta aquí expuesto, la Sala declarará la excepción de prescripción parcial de la diferencias prestacionales reclamadas por el periodo

comprendido entre el 1 de noviembre de 1994 al 25 de septiembre de 2009.

Respecto al periodo restante, del 26 de septiembre de 2009 al 30 de junio de 2010, la Sala negará las pretensiones de reliquidación de las prestaciones causadas y devengadas, como quiera que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados que negaron la reliquidación, y según se corrobora al actor le fueron liquidadas sus prestaciones sobre el 100% del salario devengado. Las demás pretensiones consecuenciales serán negadas.

De las costas procesales.

De conformidad con el artículo 188 del CPACA en concordancia con el 365 del CGP, en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, por lo que la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo se condenará a la parte demandante, vencida en el proceso, al pago de Agencias en Derecho en cuantía del DOS POR CIENTO (2%) de las pretensiones de la demanda, teniendo como tales las que fueron tasadas como cuantía de la demanda.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la excepción de prescripción extintiva de las diferencias prestacionales y salariales reclamadas, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 1994 al 25 de septiembre de 2009.

SEGUNDO.- Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte vencida, parte demandante, liquídense por Secretaría. Se fija como agencias en

derecho el equivalente al 2% del valor de las pretensiones al tiempo de la demanda.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

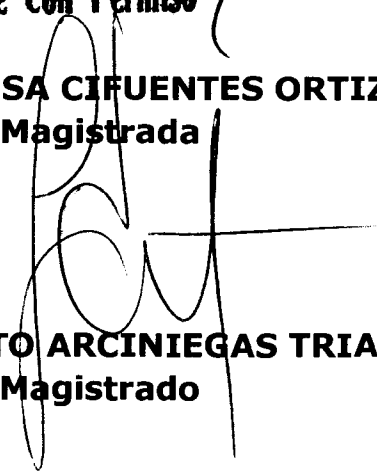
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

lac