



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA-SALA DE CONJUECES
SUBSECCION "E"

CONJUEZ PONENTE: GERMÁN ALFREDO GARZÓN MONZÓN

Bogotá D. C, nueve (9) de Diciembre de 2019.

PROCESO N°: 11001333171620130001301
DEMANDANTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
DEMANDADO: LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
CONTROVERSIA: BONIFICACION POR COMPENSACION

En la fecha procede esta sala a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo de Descongestión Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección segunda, de fecha 30 de septiembre del 2013 mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL que se formuló en esa oportunidad fundada en las siguientes:

PRETENSIONES:

PRIMERA: Que se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DEAJ08-17581 del 12 de Septiembre de 2.008 por medio del cual el Director Ejecutivo de Administración Judicial resolvió no acceder a la petición de pago de las diferencias adeudadas por el señor RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, por concepto de Bonificación por Gestión Judicial como magistrado Auxiliar del H Consejo de Estado.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACION – RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL a cancelar a mi poderdante a partir del 1 de enero de 2004 a la fecha, teniendo en cuenta para su liquidación reconocimiento y pago, que dicha bonificación sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales, debe igual al 70% de lo que por todo concepto devenguen los magistrados de Altas Cortes, de conformidad CON LO CONSAGRADO EN EL Decreto 4040 de 2004 y que corresponde a las siguientes sumas:

1. Diferencia del 1º de enero al 30 de diciembre de 2004 \$ 7.376.808
 2. Diferencia del 1º de enero al 30 de diciembre de 2005 \$ 8.296.433
 3. Diferencia del 1º de enero al 30 de diciembre de 2006 \$ 8.766.001
 4. Diferencia del 1º de enero al 30 de diciembre de 2007 \$ 9.233.071
 5. Diferencia del 1º de enero al 30 de diciembre de 2008 \$ 9.757.945
- TOTAL DIFERENCIA ADEUDADA \$ 43.430.258**

TERCERA: Igualmente, que se condene a la NACION RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, que en adelante se continúe cancelando al demandante su bonificación de gestión judicial mensual conforme a lo indicado en el numeral anterior para su liquidación.

CUARTA: ordénese también que la respectiva condena se ajusta en su valor tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor como lo indica expresamente el artículo 178 de C.C.A.

QUINTA: condénese igualmente al pago de los intereses comerciales y/ moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal y como lo indica el C.C.A.

SEXTA: que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso

HECHOS

El señor **RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS**, presta su servicio a la Rama Judicial desde el **17 DE MARZO DE 1997 HASTA LA FECHA**, desempeñando el cargo de Auxiliar de Magistrado del H. Consejo de Estado.

Versan los hechos, que el artículo 1° del decreto 4040 de 2004 creo para los Magistrados de tribunal y Magistrados auxiliares de altas cortes una bonificación por Gestión Judicial con carácter permanente que sumada a la asignación básica mensual y demás ingresos laborales deberá ser igual al 70% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de Altas cortes

Con fundamento en las normas anteriores, y en razón a las diferencias negativas que se venían presentando en la liquidación de sus salarios y prestaciones sociales, la actora procedió a reclamar en sede administrativa tales diferencias, las cuales fueron negadas con base en lo dispuesto en el decreto 2668 de 1998 norma esta que como antes se mencionó derogo el Decreto 610 de 1998.

El día 08 de septiembre del año 2008, la parte actora elevó derecho de petición ante la entidad demandada, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la diferencia salarial proclamada en esta acción.

Mediante acto administrativo contenido en el oficio N° DEAJ08-17581 del 12 de Septiembre de 2008, negó la solicitud limitándose en manifestar que como autoridad administrativa no tiene la facultad para interpretar leyes y en tanto deniega la solicitud. 6

NORMAS VIOLADAS

- Artículos 53, 55, -58 de la C. N.
- Ley 4 de 1992 artículo 2 literal a, artículo 15,
- Decreto 10 de 1993
- Decreto 4040 de 2004.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Aduce la parte actora que la bonificación por gestión judicial ha sido reconocida y cancelada en los términos de la ley 4 de 1992 y decreto 4040 de 2004 desconociendo claros preceptos constitucionales y legales que informan la manera como han de liquidarse los ingresos, pues así lo demuestran las normas que expresó como normas violadas.

Expresa el actor que en el asunto examinado se vulneró la ley 4 de 1992 artículo 2º en cuanto los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los especiales, como en el caso especial de los servidores de la Rama Judicial que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

En tal sentido expresa la parte actora en que la entidad demandada no ha dado cumplimiento a las disposiciones legales a que se ha hecho mención ya que por disposición de la ley 4 de 1992 los Magistrados de altas Cortes tienen derecho a una prima especial de servicios la cual sumada a los demás ingresos laborales que perciben estos funcionarios deben igualar a los percibidos en su totalidad por los miembros del congreso.

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Dieciséis Administrativo de Descongestión Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección segunda, de fecha 30 de septiembre del 2013, falló declarando la nulidad del acto demandado, al considerar que el acto era ilegal, pero aplicando el fenómeno de la prescripción.

En relación con el presente asunto este despacho debe considerar que:

- Es clara la vigencia del decreto 610 de 1998 y la ley 4 de 1992 y la existencia de un régimen beneficioso en materia laboral para los funcionarios que ocupen los cargos por él descritos.
- El decreto 4040 de 2004, hoy anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa, había establecido una prestación diferente denominada **bonificación por gestión judicial**, que cubría a los mismos cargos descritos en el decreto 610 de 1998, a favor de los funcionarios que se vincularan al servicio a partir de su vigencia, esto es, el 1 de enero de 2004. Igualmente dicha norma permitió a los funcionarios que estaban ocupando los cargos

325

por ella referidos al 1 de enero de 2004 que se acogieran a la bonificación por gestión judicial, siempre y cuando desistieran de reclamaciones judiciales iniciadas o transaran con la administración para prevenir conflictos futuros en relación con el reconocimiento de la bonificación por compensación establecida por el decreto 610 de 1998.

De tal suerte, que los derechos adeudados a la parte actora se deben entender en su integridad incorporados a la solicitud que presentó el día 28 de septiembre del año 2010, en tanto, atendiendo la condición dominante que tiene el estado colombiano frente a la actora, no solamente con la confección normativa irregular que fue incorporada en el decreto 4040 de 2004, sino también por la posición nominadora que ostenta como nominador; este despacho despachará favorablemente las pretensiones de la demanda, siendo inclusive de tal resorte, la prima de servicios con fundamento en la ley 4 de 1992.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito calendado del día 22 de octubre de 2013; la apoderada de la parte demandada, presentó recurso de apelación contra el fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Administrativo de Descongestión Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección Segunda, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, allí se expresó en resumen como sigue.

La parte demandada enfatiza la apelación en el numeral tercero de la parte resolutive de dicha providencia referente al reconocimiento y pago de las diferencias que surjan en lo que ha percibido por concepto de Bonificación por compensación de tal suerte que sea equivalente al 70% de lo que por todo concepto devenga un Magistrado de alta Corte, aduciendo que la inconformidad radica u obedece a la naturaleza jurídica de las cesantías, esto es, por su carácter de prestación social periódica y por su reconocimiento continuo y permanente durante la relación laboral hasta la dejación definitiva del cargo no habría lugar en este caso a decretar el dicho fenómeno por cuanto el mismo no podrá configurarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El despacho entrará a analizar si es clara la vigencia del decreto 610 de 1998 y la ley 4 de 1992 y la existencia de un régimen beneficioso en materia laboral para los funcionarios que ocupen los cargos por él descritos.

- El decreto 4040 de 2004, hoy anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa, había establecido una prestación diferente denominada bonificación por gestión judicial, que cubría a los mismos cargos descritos en el decreto 610 de 1998, a favor de los funcionarios que se vincularan al servicio a partir de su vigencia, esto es, el 1 de enero de

2004. Igualmente dicha norma permitió a los funcionarios que estaban ocupando los cargos por ella referidos al 1 de enero de 2004 que se acogieran a la bonificación por gestión judicial, siempre y cuando desistieran de reclamaciones judiciales iniciadas o transaran con la administración para prevenir conflictos futuros en relación con el reconocimiento de la bonificación por compensación establecida por el decreto 610 de 1998.

"CONSIDERACIONES SOBRE EL OBJETO DE LA DEMANDA

La demanda se fundamenta en la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, aplicable tanto a los trabajadores particulares como a los servidores públicos, conforme lo establecido por el artículo 53 de la Constitución Política, así como en la intangibilidad de los derechos adquiridos en esta materia, la cual supone la imposibilidad jurídica de reconocer efectos transaccionales sobre derechos ciertos e irrenunciables.

Así mismo se reconoce que los decretos que originalmente crearon la bonificación por compensación para funcionarios de la rama judicial y el ministerio público se reinstauraron a la vida jurídica en razón de la declaratoria de nulidad del acto que los revocó y producen plenos efectos jurídicos.

Encuentra el despacho, que al expedir la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial el oficio demandado violó normas de superior jerarquía, desconociendo la vigencia del decreto 610 de 1998, el cual se había restaurado en razón de la declaratoria de nulidad del decreto 2668 de 1998 declarada por el Consejo de Estado.

Es imperativo considerar por su parte, que el decreto 664 de 1999 no derogó las disposiciones del decreto 610 de 1998, en tanto no contiene disposiciones en contrario y su aplicación en todo caso está supeditada a que el reconocimiento de la bonificación por compensación y demás derechos reclamados por él establecida sea más beneficiosa para el servidor de la contemplada por el decreto 610 de 1998, pues en caso contrario tendría que reconocerse por la administración la diferencia.

En efecto, es claro que los decretos 610 y 1239 de 1998 recobraron vigencia por los efectos ex tunc de la sentencia del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 2001 que anuló el decreto 2668 de 1998, en cuya virtud se derogaban aquellos. La bonificación por compensación constituye una prestación social creada por el decreto 610 de 1998, cuyo origen se dio por el mandato contenido en los principios de la ley 4 de 1992 en cuanto a garantizar equidad y proporcionalidad en la asignación salarial de los funcionarios de la rama judicial, con base en criterios ordenados desde las leyes 10 de 1987 y 63 de 1988.

Se trata de un derecho laboral prestacional amparado por la intangibilidad que le reconoce el artículo 53 de la Constitución Política, la ley 4 de 1992 y la ley 270 de 1996, disposiciones normativas que por regular el trabajo humano son de orden público y reconocen derechos irrenunciables, sobre los cuales no es procedente jurídicamente admitir efectos a conciliaciones o transacciones que sobre ellos se realicen. Ni siquiera en los estados de

excepción, no es posible desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, tal como lo preceptúa el artículo 215 de la carta política.

Toda interpretación sobre los alcances, condiciones y cuantía de esta prestación social de los servidores públicos que tienen derecho a ella, debe hacerse con base en el principio de favorabilidad, de tal suerte que se reconozcan los efectos más beneficiosos a quienes han causado el derecho por ubicarse en los cargos cubiertos, que desempeñó la demandante.

Por tanto, a los servidores cobijados por la prestación de bonificación por compensación creada por el decreto 610 de 1998, se les debe reconocer como cuantía la dispuesta por esta norma, esto es, el 60% de lo devengado ya reajustados por los magistrados de las altas cortes para el año 1999, el 70% para el año 2000 y el 80% para el año 2001 y hasta la fecha.

- *Es clara la vigencia del decreto 610 de 1998 y la existencia de un régimen beneficioso en materia de bonificación por compensación para los funcionarios que ocupen los cargos por él descritos.*

- *El decreto 4040 de 2004, hoy anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa, había establecido una prestación diferente denominada bonificación por gestión judicial, que cubría a los mismos cargos descritos en el decreto 610 de 1998, a favor de los funcionarios que se vincularan al servicio a partir de su vigencia, esto es, el 1 de enero de 2004. Igualmente, dicha norma permitió a los funcionarios que estaban ocupando los cargos por ella referidos al 1 de enero de 2004 que se acogieran a la bonificación por gestión judicial, siempre y cuando desistieran de reclamaciones judiciales iniciadas o transaran con la administración para prevenir conflictos futuros en relación con el reconocimiento de la bonificación por compensación establecida por el decreto 610 de 1998.*

CAMBIO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL

En la práctica viene sucediendo, que en la contestación de demanda, la accionada se limita a excepcionar el fenómeno de la prescripción sin desplegar actividad jurídica alguna para justificar tal hecho, por tanto esta corporación, en aras de hacer prevalecer el derecho sustantivo y en la protección al derecho al trabajo, hace el cambio justificado de la jurisprudencia, por tanto, considera la inaplicación del fenómeno jurídico de la prescripción, en virtud a que la normatividad que gobierna la prescripción para los empleados de las entidades del estado, y en acogimiento a la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción administrativa, corporación que declaró la nulidad por inconstitucionalidad del decreto 4040 de 2004, norma que mantenía enervada la inexigibilidad del derecho proclamado en esta acción.

Esta corporación se ocupará en precisar el motivo del cambio de la jurisprudencia sobre el tema de la prescripción trienal que se venía aplicando en ocasión a las normas que gobiernan las mismas, obligándose a estudiar de fondo la norma que gobierna la prescripción para los servidores públicos, para ello haremos referencia al artículo 41 del decreto 3135 de 1968, artículo 41 y al artículo 102 del decreto 1848 de 1969, veamos:

"ARTICULO 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

- DECRETO 1848 DE 1969

"Art. 102.- Prescripción de acciones. 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."

Ahora bien, cabe destacar sobre las normas antes descritas, en su tenor predicán que los términos para aplicar la prescripción, se deben contar a partir desde el momento en que se haya hecho exigible la obligación; bajo este predicado material, resulta evidente para la sala en el caso que nos ocupa, que el derecho reclamado en esta acción, estaba gobernado por el decreto 4040 de 2004, norma que había derogado el decreto 610 de 1998; de tal suerte que, por ministerio de la misma ley el derecho que se venía adquiriendo a través del decreto 610 de 1998, fue depuesto por el citado decreto 4040 de 2004, en tanto, el requisito de EXIGIBILIDAD el cual advierte el artículo 41 del decreto 3165 de 1968 y artículo 102 del decreto 1848 de 1969, SE DIFUMINA EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO y del suyo empieza a gobernar el decreto 4040 de 2004, cercenando la posibilidad de reclamar en vía gubernativa esta obligación el servidor público, y en tanto, desproveyéndola del requisito sine quantum de EXIGIBILIDAD.

En este preciso estadio jurídico, considera esta sala, que el elemento de la EXIGIBILIDAD para reclamar por parte del funcionario a la administración se ve interrumpido en otrora por la nueva norma que nace a la vida jurídica en el año de 2004, y en tanto, los términos para el inicio de la prescripción extintiva del derecho reclamado pierde su atributo jurídico, puesto que, se repite, por ministerio de la misma ley este pierde su exigibilidad, porque el derecho desaparece por ficción jurídica; y mal podría esta sala considerar que existe un referente legal de términos para ejecutar la prescripción de los derechos reclamados en esta acción, cuando verdaderamente no existe el punto de partida para el inicio del conteo y así aplicar el fenómeno jurídico de la prescripción.

De tal suerte, que la prescripción extintiva de los derechos reclamados se enervan y se compactan cuando existe el presupuesto legal de la EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION, esto es, para el caso bajo estudio, se tuviera un fundamento legal para la reclamación del derecho invocado en autos, de allí, esta corporación considera, que se sustrae de la contesta de la demandada al predicar en el agotamiento de vía gubernativa, que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la obligación que suplica se le reconozca en virtud a que el decreto 4040 de 2004 no la contiene, pues esa obligación estuvo vigente solamente en el decreto 610 de 1998 hasta cuando se promulgó esta norma derogatoria, por tanto, a consecuencia de este fenómeno desobligante por parte del legislador, hace del suyo que no exista el requisito de exigibilidad del derecho reclamado, y por sustracción de materia; permite no se aplique el fenómeno de la prescripción. A esta conclusión arriba esta sala de conjueces, al reconsiderar de manera palmaria la prescripción de los reclamados derechos laborales, pues no hay temor al equívoco que la justificación a este cambio jurisprudencial es un paso de avanzada hacia un cambio estructural en la aplicación de la justicia en Colombia,

Igualmente, y como complemento al cambio jurisprudencial, sin lugar a dudarle esta sala se ocupará de estudiar los efectos de la sentencia proferida por el honorable Consejo de Estado, cuando fulminó por vía de inconstitucionalidad el decreto 4040 de 2004.

NULIDAD DEL DECRETO 4040 DEL 03 DE DICIEMBRE DE 2004

De otro lado, esta corporación no puede perder de vista el pronunciamiento proferido por la sala de conjueces del Honorable Consejo de Estado dentro del expediente N° 2005-00244- con ponencia del DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA, quien declaró la nulidad del decreto 4040 del 03 de diciembre de 2004, "por el cual se crea una bonificación de gestión judicial para los magistrados de tribunal y otros funcionarios" en esta oportunidad este alto tribunal se expresó en los siguientes términos:

"Es claro para la sala que este decreto en concreto pretende imponer su contenido sobre los mismos principios constitucionales laborales conocidos hoy en la doctrina internacional "como derechos fundamentales del trabajo" del mismo modo, que afecta esencialmente el derecho de igualdad entre funcionarios del mismo nivel o rango, sin justificación alguna; que deja de lado la protección del que el estado debe brindarle a las relaciones laborales y específicamente, a los trabajadores; que disminuye equitativamente la remuneración mensual de funcionarios que tienen el mismo derecho que sus pares judiciales, que le abre camino al quebramiento de un postulado fundamental en estas relaciones de trabajo, como es el que no se puede transigir o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles que lesiona el propósito del legislador, que le ordena al operador jurídico, en lo que tiene que ver con la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, darle cabida al principio de favorabilidad en Pro del titular del derecho correspondiente; y que condiciona

al estado colombiano en definitiva, para que sus actos administrativos respeten el derecho internacional del trabajo representados en los convenios internacionales sobre la materia."

EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL DECRETO N° 4040 DE 2004.

A criterio de esta sala, se debe hacer pronunciamiento sobre los efectos Ex tunc del fallo del H. Consejo de Estado, Exp. N° 2005-00244- con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orejuela Góngora, quien declaró la nulidad absoluta del decreto 4040 del 03 de diciembre de 2004, pues eventualmente, y para el sub-examine en particular puede tener efectos retroactivos como pasa a estudiarse.

No sin razón se sostiene y de acuerdo a la jurisprudencia proferida por la máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa administrativa, que cuando el Consejo de Estado declara la nulidad de un decreto, un concepto u otro acto administrativo, en cada caso se debe precisar sus efectos para considerar hasta donde alcanzan a llegar los derechos reclamados. Al caso bajo estudio, esta sala considera, que la declaratoria de nulidad del decreto 4040 de 2004, norma que en lo concerniente sirvió de fundamento jurídico para expedir el acto acusado en esta acción, tiene efectos retroactivos únicamente sobre situaciones o hechos no consolidados, es decir, sus efectos alcanzan hasta la confección del acto administrativo de carácter particular y concreto, en tanto, por el fuero de atracción, y al considerar que no se contaba con el requisito propio de partida para la exigibilidad del derecho en el sub-judice, es de simple convicción, que no debe operar el fenómeno de la prescripción, más aun cuando el 14 de diciembre del año 2011 se profiere la nulidad del decreto 4040 de 2004, la legalidad del acto enjuiciado se encontraba en discusión.

No sin razón se sostiene, que los efectos retroactivos de la nulidad del decreto suman hasta la expedición del acto incoado, y en tanto, la barrera legal que existía para el inicio de los términos legales para contar la prescripción trienal se difuminan, y reaparece de forma inmediata el artículo del decreto 610 de 1998, que permite la EXIGIBILIDAD del derecho reclamado, pero se debe tener en cuenta que, la EXIGIBILIDAD antes anotada, se debe contar de nuevo a partir de la EJECUTORIA DEL FALLO DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO QUE DECLARÓ LA NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 4040 DE 2004, y este fenómeno jurídico ocurrió para el día 24 de junio de 2012, en tanto, por fuerza concluye esta sala de conjueces, que a partir de este preciso momento se deben contar los términos para aplicar la prescripción trienal.

Esta sala compagina con este estudio la explicación de la retroactividad de los fallos de nulidad proferidos por el H. Consejo de Estado, los cuales hace suyos, CP. Dr. HECTOR J. ROMERO DIAZ. Exp. N° 14979 DEL 27. DE OCTUBRE DE 2005, donde se hace una muy genial y técnica explicación sobre los fallos "Ex tunc" en Colombia, como en el caso bajo estudio, en esta oportunidad esta alta corporación se pronunció como sigue: 2

"En reiterada jurisprudencia, esta Sección ha precisado que los fallos de nulidad producen efectos "ex tunc", es decir, desde el momento en que se profirió, el acto anulado, esto es, que por tener efectos retroactivos las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, antes de la expedición del acto anulado. De igual manera, se ha señalado que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por ejemplo, si una declaración tributaria se elaboró con fundamento en un concepto de la Dian que luego fue declarado nulo, si dicha declaración ya se encuentra en firme, no hay nada que hacer, ya es una situación consolidada y en ese caso la nulidad del concepto no tiene efecto retroactivo, pero si dicha declaración tributaria se encuentra en discusión, ya sea en la vía gubernativa o en la vía contenciosa administrativa, por no ser una situación consolidada, la nulidad tendrá un efecto retroactivo."

H. Consejo de Estado, Sección Cuarta- CP: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE, Exp. N° 13022 del 06 de marzo de 2003, al respecto dijo:

"(...) los efectos del fallo de nulidad afectan e inciden en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas a jurisdiccionales, toda vez que respecto de los actos administrativos particulares, la declaratoria de nulidad de un acto general produce efectos ex tunc-, esto es que se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad. Así que, si al momento de proferirse la sentencia de nulidad los actos administrativos particulares se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o están demandados ante la jurisdicción contenciosa, que es precisamente el caso que se presenta en relación con los actos administrativos que determinaron oficialmente el impuesto a cargo de la actora, no puede considerarse que la situación jurídica particular se encontraba consolidada a la fecha en que se profiere el fallo de nulidad."

Así las cosas, siendo el actor beneficiario del derecho reclamado, se concluye que las pretensiones de la demanda en cuanto al restablecimiento del derecho están llamadas a prosperar, pues habrá de tenerse en cuenta para efectos de dicho restablecimiento que según obra en el proceso se le ha reconocido la bonificación por gestión judicial del decreto 4040 de 2004. La petición en vía administrativa del demandante en procura del reajuste salarial reclamado, fue presentada el día veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008), según folio 3 y s.s del expediente; lo cual significa, que como no se encontraba el requisito de EXIGIBILIDAD por lo explicado en esta providencia, no hay lugar a aplicar la prescripción.

DE LA PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO POR DESAPARICIÓN DEL FUNDAMENTO JURÍDICO.

Al respecto destaca esta sala, que el artículo 66-numeral 2 del C.C.A, describe la pérdida de fuerza de ejecutoria de los actos administrativos por desaparición del fundamento de derecho, (en el caso bajo estudio por la anulación del decreto 4040 de 2004) por tanto resulta claro en esta acción, que la pérdida de fuerza ejecutoria afecta la eficacia del acto administrativo y este deja de tener efectos jurídicos, ya que una vez declarada la nulidad de la norma que le sirvió de sustento o fundamento al acto, éste pierde los atributos de obligatoriedad y ejecutoriedad. Por ello, resulta evidente en esta oportunidad hacer un análisis de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo por desaparición del fundamento jurídico.

Al efecto se considera que, no es una pretensión pedida o que se pueda estimar para declarar la nulidad del acto que se acusa, bajo el entendido que no es una causal típica y autónoma de nulidad descrita en la ley, del suyo, solamente es un fenómeno jurídico decantado en nuestro Código Contencioso Administrativo con el que se puede atacar la eficacia del acto, figura jurídica que se puede invocar como una circunstancia que puede afectar su validez, ya que la presunción de legalidad se sustrae del mismísimo acto, por tanto, con esos presupuestos para esta sala de conjueces es procedente entrar a ejercer el control de legalidad del acto al momento de su expedición y más aún cuando ha sido declarada nula la totalidad del decreto 4040 de 2004, con el cual la entidad demandada sustenta en vía gubernativa la improcedencia de la petición formulada por la parte accionante.

Así las cosas, como se evidencia en las pretensiones de la demanda, la parte actora solicita la nulidad de los actos acusados, por ser para este caso el decreto 4040 de 2004 absolutamente contrario a lo dispuesto en los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política y del artículo 2 de la ley 4 de 1992, pretensión que da lugar, en virtud a la nulidad del decreto 4040 de 2004, proferido como se explicó en el acápite anterior por el H. Consejo de Estado.

Respecto al tema, el Consejo de Estado en Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SALA DE CONJUECES, CP. Dr. PEDRO SIMÓN VARGAS SÁENZ Bogotá D.C., Veintiuno (21) de enero de dos mil once (2011).-Expediente: 680012315000200400484-01 No. Interno: 1193-09, dice:

"En los anales del consejo de estado tomo 124,1991, tercer trimestre, 1ª parte, pagina 503. El cual nos aduce y nos da una clara síntesis del decaimiento de los actos administrativos por perdida de su fuerza ejecutoria "El artículo 66 del C.C.A. regula los supuestos en los que un acto administrativo pierde fuerza ejecutoria. Si bien esta norma comienza por determinar que éstos "... serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo", existen varios supuestos en los que los mismos dejan de ser ejecutables, uno de los cuales es el establecido en el numeral 2º ibidem, que se refiere a la desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho del acto. Es el fenómeno conocido como decaimiento del acto administrativo."

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que: "La doctrina administrativa foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervenientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad en los países en donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta"

Además de lo anteriormente expresado en la presente sentencia y en alusión al tema, esta corporación trae a colación la sentencia de la corte constitucional C-069 de 1995 con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, quien predica lo siguiente:

"Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la norma demandada comienza por señalar que "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo". La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley, y en particular por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

En cuanto hace relación al numeral 2° sobre pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho", igualmente demandado, es decir, cuando ya no existen las circunstancias de modo, tiempo y lugar que le sirvieron de base, o cuando las normas jurídicas sobre las cuales se fundaba, han desaparecido del ordenamiento Jurídico, debe observarse en primer término, que esta causal en nada contraría el artículo 238 de la Constitución Política, pues este precepto se refiere a un tema completamente distinto, como lo es el de la suspensión provisional por parte de la jurisdicción contencioso administrativa con respecto a los actos de la administración."

"Mientras la revocatoria directa es una forma de extinción del acto administrativo por virtud de un nuevo acto administrativo reglado (a diferencia del primero que puede ser expedido por simple decisión de oportunidad y conveniencia, este último sólo procede si se dan las causas expresamente autorizadas por la ley), la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo es una figura que se ocasiona ante la ausencia de obligatoriedad de la ejecución del acto (artículo 66 del Código Contencioso Administrativo)@

A su vez, mientras la pérdida de fuerza ejecutoria afecta la eficacia, la revocatoria directa se relaciona con la validez del acto administrativo. Es claro, entonces, que la eficacia u obligatoriedad del acto administrativo es independiente de su validez o invalidez, puesto que es perfectamente posible que un acto administrativo irregular sea obligatorio (casos en los que han caducado las acciones pertinentes para anularlo) o que un acto administrativo regular no pueda ejecutarse."

Respecto a la prestación creada por el decreto 610 de marzo 26 de 1998, norma que fijó un derecho laboral denominado bonificación por compensación con carácter permanente, equivalente a partir del año 2001, a la diferencia que surge de confrontar la remuneración de los funcionarios cobijados, entre ellos los magistrados auxiliares de altas cortes, con el 80% ya ajustado frente a lo que devenga un congresista, de lo devengado por los magistrados de dichas corporaciones.

Por aplicación del principio eje del derecho laboral del indubio pro operario y por aplicación de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa a quienes ocupen los empleos señalados por el decreto 610 de 1998, y una vez anulado el decreto 4040 de 2004, no sobra advertir, que debe reconocérsele en materia de bonificación para nivelar sus ingresos a los de magistrados de altas cortes, la prestación en los términos del aludido decreto, por lo cual la liquidación de la misma debe ser sobre el 80% de la totalidad ya reajustada de lo devengado por los magistrados superiores o de altas cortes.

A esta conclusión finiquita esta sala, a pesar de la declaratoria de nulidad del decreto 4040 de 2004; pues en consideración se sostiene que además de la afectación que conllevaría una argumentación en contrario, respecto del artículo 53 de la Constitución Política, resultaría lesionado el valor, el principio y el derecho a la igualdad que el artículo 13 ib. pues terminaría aconteciendo que funcionarios que cumplen idéntica función y tienen a su cargo las mismas responsabilidades, devengaría menor ingreso salarial que otros, pues a trabajo igual salario igual, dándose los supuestos que la propia jurisprudencia ha decantado en esta materia.

En tales condiciones, para una misma categoría de servidores que están en un mismo plano de igualdad, en virtud de la soberanía, tienen la facultad de administrar justicia, ejecutando la misma labor, teniendo el mismo horario, idénticas funciones y responsabilidades, deben cumplir los mismos requisitos y calidades generales y específicas para desempeñar el cargo, dos normas aún vigentes, el decreto 610 de 1998 y el decreto 4040 de 2004, establecieron a su vez dos regímenes laborales referentes al monto de la asignación mensual, que se diferencian en que en el primero, el salario es del 80% y en el segundo es el 70% de lo devengado por los magistrados de las altas cortes.

Frente a la misma prestación, que corresponden a idéntica naturaleza las establecidas por los decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004, y los mismos empleos, sería necesario aplicar

el régimen más favorable, aún se trate de norma que se haya establecido con pretensiones de cubrir a funcionarios que se hayan vinculado posteriormente o que hubieren transado sus diferencias con la administración, pues lo contrario alteraría el orden jurídico al quebrantar la igualdad y generar consecuencias de inequidad en el reconocimiento salarial de los funcionarios que ocupen los empleos a los que cobijan los dos regímenes y más aún cuando del último decreto se predica su nulidad por inconstitucional, decantando que las cosas regresan a su estado natural antes de su expedición.

Es claro que las dos bonificaciones son incompatibles como lo disponía el parágrafo 2 del artículo 2 del decreto 4040 de 2004, en la medida que no pueden acumularse, pero ello no es razón para concluir que se desechen los principios superiores y que se admitan discriminaciones intolerables haciendo aplicable a funcionarios que cumplen la misma tarea una prestación disminuida, frente a otros que estaban vinculados con anterioridad o que no celebraron conciliaciones o transacciones con el estado.

En lo que respecta a la transacción suscrita con la entidad demandada, la sala entra a analizar si dicha transacción es suficiente para desestimar o no las pretensiones de la demanda, a juicio de esta judicatura, no es procedente tranzar sobre derechos ciertos del trabajador, como en el presente caso, por cuanto lo establecido en el decreto 610 de 1998 es una prestación de nivelación salarial que constituye título suficiente para sustentar la existencia de un derecho irrenunciable, y por tanto no puede ser objeto de transacción; y de ejecutarse, tal acto es nulo de pleno derecho.

En efecto, corresponde en el caso la aplicación de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política en la medida en que no puede ser oponible un acuerdo de transacción frente a derechos indiscutibles e irrenunciables que emanan de un régimen jurídico vigente y más favorable, aplicación que se impone, pues este derecho es de la esencia y de la sustancia constitucional, de cuya suma pagada o tranzada deberá ser descontada al demandante al final del ejercicio liquidatorio, toda vez, que no se puede efectuar un doble pago.

Como la jurisprudencia de esta corporación lo ha señalado: "para la sala, independientemente de la situación, categoría o status social, político, económico o intelectual de un trabajador público o privado, está prohibido constitucionalmente renunciar a sus derechos adquiridos, o transar o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles."

En gracia de discusión, podría sostenerse que al momento de celebrarse la transacción el derecho que ahora se reconoce se encontraba en situación de indefinición, por no haber criterios jurisprudenciales decantados o por haberse proferido norma posterior con contenido diferente, no obstante ello, tampoco puede oponerse a los principios constitucionales señalados en el acuerdo, pues se reitera que los derechos laborales ciertos son irrenunciables por vigencia del principio de prevalencia del derecho material o sustantivo, si al momento de reconocer el derecho se tiene establecido su procedencia, mal podría argumentar esta sala que la existencia de una transacción es suficiente para dejar

sin efecto la norma que consagra una prestación bajo el criterio de la favorabilidad, justicia material e igualdad. Por estas consideraciones de hecho y de derecho, en esta instancia se declarará la nulidad del acto acusado, sin aplicar la prescripción trienal como adelante pasará a ordenarse.

En mérito de lo expuesto el tribunal administrativo de Cundinamarca, sección segunda, Subsección E, en sala de conjueces, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA

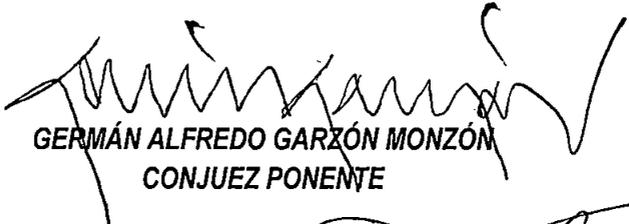
PRIMERO- Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Administrativo de Descongestión Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección segunda, de fecha 30 de septiembre del 2013.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase al juzgado de origen.

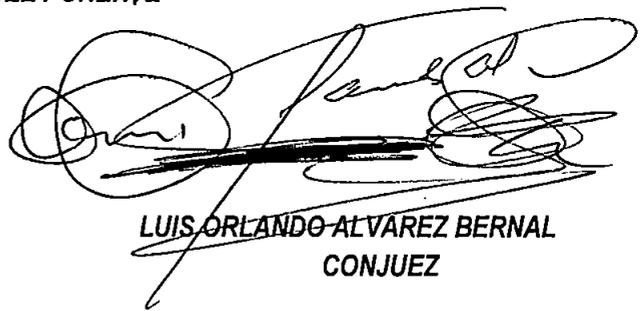
NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Conjueces en la fecha.


GERMÁN ALFREDO GARZÓN MONZÓN
CONJUEZ PONENTE


JOSÉ ROBERTO SACHICA MENDEZ
CONJUEZ

Salvamento voto


LUIS ORLANDO ALVAREZ BERNAL
CONJUEZ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO # 000

Bogotá, D.C. 23 JUL 2020

HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaria, por un término legal.

Oficial mayor

