



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículo 175 CPACA)

SIGCMA

Cartagena de Indias, 11 de julio de 2019

HORA: 08:00 A. M.

Medio de control	NULIDAD Y R. DEL DERECHO
Radicación	13-001-23-33-000-2017-00783-00
Demandante	NORA VILLALOBOS SANTOYA
Demandado	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Magistrado Ponente	EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LA PARTE DEMANDANTE DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADO EL DÍA 05 DE JULIO DE 2019, POR EL DOCTOR ANDRÉS FELIPE ZULETA SUÁREZ, APODERADO DE LA **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** Y QUE SE ENCUENTRA VISIBLE A FOLIOS 53-67 DEL EXPEDIENTE.

EMPIEZA EL TRASLADO: 12 DE JULIO DE 2019, A LAS 8:00 A.M.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 16 DE JULIO DE 2019, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

Olm

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718

B.A.S.
E

Bogotá D.C.

Magistrado

EDGAR ALEXÍ VASQUEZ CONTRERAS

Tribunal Administrativo de Bolívar

Cartagena de Indias - Bolívar

ASUNTO: Contestación de demanda
Clase de proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 13001333300320170078301
Demandante: Nora Villalobos Santoya
Demandado: Fiscalía General de la Nación

ANDRÉS FELIPE ZULETA SUÁREZ, mayor edad, domiciliado y residenciado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.065.618.069 de Valledupar, con tarjeta profesional número 251.759, en mi calidad de apoderado de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con el poder que se adjunta, respetuosamente y dentro de la oportunidad legal presento **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**, en los siguientes términos:

FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS:

El demandante enfatiza los hechos de la demanda, en citas y referencias de fallos judiciales en los cuales los jueces administrativos han declarado la nulidad de los Decretos salariales de los servidores de la Rama Judicial, Ministerio Público y Justicia Penal Militar. Si bien la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial, el Gobierno Nacional expide unos decretos salariales propios para esta entidad, por lo que no puede aceptarse el argumento del demandante que mi defendida le son aplicables fallos en donde no se analizaron los decretos salariales que si le aplican. Efectivamente, el demandante solicitó vía administrativa ante la Entidad, la reliquidación de sus prestaciones laborales con la inclusión del 30% del salario como prima especial consagrada en la Ley 4ª de 1992.

FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a que prosperen las pretensiones de la demanda, por cuanto la Fiscalía General de la Nación, ha liquidado y pagado la asignación salarial y prestacional de sus servidores, con estricta sujeción a lo previsto en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional para cada vigencia fiscal aplicable para la Fiscalía General de la Nación; todos y cada uno de los Decretos en cuestión adicionalmente estipulan que "Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10º de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

FRENTE AL CAPÍTULO DE FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Los siguientes constituyen las razones y fundamentos de la defensa, con los que se persigue sean denegadas las suplicas de la demanda en lo que hace relación a la Fiscalía General de la Nación.

Señor Magistrado: mi representada dijo y ha venido dando aplicación a lo que en materia salarial y prestacional debe seguirse para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el régimen adoptado en forma individual. A la Entidad, que represento, no le era, ni le es dado, entrar a reconocer lo que la ley no concede. Por ello, considero que el cumplimiento de la ley no está sujeto a discrecionalidad alguna, dado que el marco de aplicación está determinado en ella misma.

Por tanto la liquidación que efectuó la Fiscalía General de la Nación de los salarios y prestaciones sociales de la parte actora tuvo fundamento en claras disposiciones legales, dando aplicación correcta a estas normas y en ello no ha habido irregularidad alguna.

Establece nuestro Código Civil en su artículo 27:

"Artículo 27: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Así las cosas, no puede predicarse inobservancia del tenor literal de la norma que en materia salarial y prestacional rigió para la parte actora por parte de la Entidad.

Se trata en este caso de establecer si la prima especial equivalente al 30% de la asignación mensual es o no factor salarial para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y en consecuencia, determinar si la demandante tiene derecho a que sus prestaciones y cesantías se reajusten con inclusión del porcentaje señalado.

El Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, determinó en cuanto al régimen salarial de sus empleados en el numeral 1º del Parágrafo del artículo 64, lo siguiente:

"PARAGRAFO 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"

La Ley 4ª de 1992 señaló los criterios que en lo sucesivo debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; así, estableció en el artículo 14 la posibilidad de crear una prima especial, sin carácter salarial, no inferior al 30%, ni superior al 60% del salario básico devengado por los Fiscales Delegados ante Tribunal Nacional y el Tribunal de Distrito; los Jueces Regionales y de Circuito; el Secretario General, los Directores Regionales y Seccionales; los Jefes de Oficina, División y Unidad de Policía Judicial; el Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos.

"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 (1º) de enero de 1993."

Como se puede observar, dicha norma facultó al Gobierno Nacional para crear una prima especial de servicios que puede oscilar entre el 30% y el 60% del salario básico, sin embargo, excluyó de tal beneficio al personal de la Fiscalía General de la Nación que optara por la escala de salarios de esa Entidad.

En cuanto al alcance de la expresión "... 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", la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó:

"(...) 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 estuvieren 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.

A los primeros se refiere el numeral 2º párrafo del artículo 64 del Decreto 2699 de 1991, cuyo tenor es:

ARTÍCULO 64. El Fiscal General establecerá la nomenclatura de empleos, teniendo en cuenta los niveles establecidos en este capítulo e incorporando los distintos servidores a la planta de personal establecida para la Fiscalía.

...
PARÁGRAFO:

...
2. Las actuales fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito y superiores de aduana, y de orden público, pasarán a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente pasarán a la Fiscalía General de la Nación, la dirección nacional y las direcciones seccionales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial y los Juzgados de Instrucción Criminal de la Justicia Ordinaria, de orden público y penal aduanera.

Para los jueces municipales la implantación se podrá extender por el término de cuatro años contados a partir de la expedición de la Constitución Nacional. Igualmente se incorporarán los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Medicina Legal del Ministerio de Justicia, con sus dependencias seccionales,

al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses creado por este Decreto.

Los funcionarios y empleados mencionados anteriormente, 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."

A los segundos se refiere la misma disposición en el numeral 1° en los siguientes términos:

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 que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta.

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

Las anteriores precisiones sirven de fundamento 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 1° 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."

En su momento el artículo 1° de la Ley 332 de 1996 dispuso:

"La prevista en el primer inciso del artículo 14 de la ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio hará parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley".

Posteriormente, el artículo 1° de la Ley 476 del 7 de septiembre de 1998, aclaratorio de la ley 332 de 1996, volvió sobre la naturaleza de la Prima Especial, al expresar:

"Aclarase el artículo 1° de la ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4 de 1992, no se refiere a los fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la de servicios a que se refiere el artículo 6 del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo

adicionan, tendrán carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación."

A partir de la lectura que el Gobierno Nacional hizo del artículo 14 de la Ley, éste expidió los decretos salariales aplicables a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se vincularon por primera vez a ella en el año 1992 y a quienes se acogieron al Decreto 53 de 1993, consagrando consecutivamente la prima especial de servicios, en las siguientes disposiciones:

- Decreto 53 de 1993¹, artículo 6°.
- Decreto 108 de 1994², artículo 7°.
- Decreto 49 de 1995³, artículo 7°.
- Decreto 108 de 1996⁴, artículo 7°.
- Decreto 52 de 1997⁵, artículo 7°.
- Decreto 50 de 1998⁶, artículo 7°.
- Decreto 38 de 1999⁷, artículo 7°.
- Decreto 2743 de 2000⁸, artículo 8°.
- Decreto 1480 de 2001⁹, artículo 8°.
- Decreto 2729 de 2001¹⁰, artículo 8°.
- Decreto 685 de 2002¹¹, artículo 7°.

La Sección Segunda del Consejo de Estado se ha ocupado del estudio de legalidad de los Decretos que han fijado la escala salarial de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, providencias en las que ha declarado la nulidad de los artículos que contemplan la prima especial del 30% sin carácter salarial, con efectos diversos en cuanto su carácter, los cuales inciden directamente en el régimen prestacional y salarial del personal de la Entidad.

En tales circunstancias, es necesario citar los diferentes pronunciamientos:

Mediante sentencia de 14 de febrero de 2002 que anuló el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se precisó que:

¹ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 3 de marzo de 2005, Expediente No. 17021, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

² Ibidem.

³ Ibidem

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Expediente No. 478-03, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁷ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 14 de febrero de 2002, Expediente No. 197-99, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁸ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de abril 15 de 2004, Expediente No. 712-01, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁹ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Expediente No. 4419-01, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁰ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Expediente No. 478-03, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

¹¹ Artículo declarado NULO por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente No. 3531-02, Consejero Ponente Dr. Ana Margarita Olaya Forero.

"(...) tal decisión no implica que el salario fijado en el Artículo 4° del Decreto 38 de 1999 para los funcionarios sustraídos de la posibilidad de establecer a su favor la prima de servicios, sufra alteración alguna, más exactamente deterioro o disminución, ya que en dicho artículo se estableció el sueldo mensual de los empleos de esa entidad, entre los que ellos se encuentran, sin que se advirtiera que parte alguna de tales salarios tenía una condición jurídica diferente a la de remuneración por los servicios prestados, o más exactamente, la naturaleza de prima de servicios."

Luego, en sentencia de 15 de abril de 2004, por la cual se declaró la nulidad del Decreto 2743 de 2000, modificó el carácter de la prima especial definiéndola como un sobresueldo. En efecto expresó:

"(...) Debe añadirse, con el propósito de rectificar parte de la jurisprudencia contenida en el fallo de fecha 14 de febrero de 2002, del expediente 197 de 1.999, que al decretarse la nulidad deprecada por el actor respecto de la referida prima especial sin carácter salarial a que se contrae el artículo 8° del decreto 2743 del 27 de diciembre de 2.000, se reduce el ingreso mensual de los funcionarios a que esta norma se refiere en un 30%, pues este porcentaje en que consiste la prima establecida constituye un sobresueldo que contraviene, como ya quedó explicado, el mandato del artículo 14 de la ley 4 de 1.992...".

Finalmente, mediante sentencia de 13 de septiembre de 2007, por la cual la Sección Segunda declaró la nulidad de los artículos 7° y 8° de los Decretos 50 de 1998 y 2729 de 2001, respectivamente, unificó el criterio, en los siguientes términos:

"(...) Por su parte el Gobierno Nacional mediante las disposiciones acusadas, no estableció una prima especial sin carácter salarial, sino que dispuso que el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los servidores públicos allí enlistados constituye prima especial de servicios sin carácter salarial, e indicó como sus destinatarios, a aquellos servidores que la Ley había exceptuado expresamente. En las sentencias antes mencionadas, se declaró la nulidad de los preceptos acusados por razones que ahora se reiteran, no obstante en ellas se expusieron conclusiones diversas en los términos ya anotados.

Según se vio, los diferentes decretos salariales expedidos para los servidores incorporados a la Fiscalía General de la Nación a partir de su creación y que optaron por el régimen salarial establecido por el artículo 54 del Decreto 2699 de 1991, y por el decreto 53 de 1993, y para los servidores que entraron a formar parte de la entidad por primera vez desde su creación, y hasta el decreto correspondiente a la vigencia 2002, establecieron la prima especial de servicios para los empleos señalados en dichos decretos y son ellos los que se enlistan:

- Fiscal Delegado ante Tribunal Nacional
- Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito
- Fiscal Delegado ante Jueces Penales de Circuito Especializados
- Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito
- Secretario General
- Directores Nacionales
- Directores Regionales

- Directores Seccionales
- Jefes de Oficina
- Jefes de División
- Jefe de Unidad de Policía Judicial
- Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia".

Solamente para estos servidores se consagró la aludida prestación, y solamente son ellos los que pueden reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión del mencionado porcentaje, las cuales serán procedentes siempre que respecto de ellas no hayan operado: la prescripción de reclamaciones laborales a que alude el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, y en los términos de la jurisprudencia contenciosa administrativa citada, de acuerdo con la cual, la prescripción operará a partir del día siguiente a la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión que decretó la nulidad de la respectiva norma salarial, según se vio. Además se debe tener en cuenta que cada término es independiente para lo cual se debe tener en cuenta cada una de las sentencias anulatorias.

Mediante sentencia de agosto cuatro (4) de dos mil diez (2010), del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la prima especial de servicios sin carácter salarial y que, además, contiene la posición actual del Consejo de Estado, esa corporación manifestó:

"La Sección Segunda ha venido, a través de sus Subsecciones, negando la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó, en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de las normas anuales que se citaron en párrafos precedentes y que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo.

Esta negativa será objeto de rectificación y unificación a través de esta decisión, al considerar la Sala que la consecuencia de la anulación de cada una de estas normas genera, no es otra que la de incluir el 30% que a título de prima especial percibían los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor.

La inclusión de este porcentaje en la base liquidatoria de las prestaciones sociales de la actora para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, encuentra sustento no sólo en las sentencias anulatorias proferidas por el Consejo de Estado, como ya se dijo, sino en la decisión reciente de la Sala Plena que decidió anular el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2 de marzo de 2007 "Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones" , al considerar que:

60

"...una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2º del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las "primas" en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente (...)".

El precedente citado aunque analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial".

Ahora bien, uno de los aspectos que supone controversia frente a este tema y que fue también objeto de examen por el Consejo de Estado en la sentencia de agosto 4 de 2010, dentro del expediente 0203-08, fallo de unificación ya citado, es el de la naturaleza del auxilio de cesantías y la caducidad de los actos que se pronuncian sobre la reliquidación del mismo.

Sobre este tema, explica la sala plena de la Sección Segunda, que:

"Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía, es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidataria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación.

Teniendo como base el anterior planteamiento pasará la Sala a analizar lo ocurrido en este caso en particular, en el cual la actora, sometida al régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 53 de 1993, tenía derecho a que la administración le reconociera y cancelara anualmente el auxilio de cesantía acorde con la normatividad vigente para cada una de las anualidades por las que procedía el reconocimiento, tal y como en efecto ocurrió, según se desprende del contenido fáctico de la demanda. En ese contexto podría concluirse prima facie, que frente a los actos de reconocimiento, se configuró la caducidad de la acción de nulidad con restablecimiento, tal y como lo afirma la primera instancia en la sentencia con sustento en la ausencia de controversia frente a los actos anuales de reconocimiento.

Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente 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, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidataria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la administración su reconocimiento.

Sobre el tema, en consecuencia, la Sala acoge lo planteado por las sub-Secciones A y B cuando han considerado que procede estudio de fondo al haber

surgido el derecho al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial".

En cuanto a la prescripción del derecho, la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de la tesis expuesta por la Subsección "A", que es acogida por el fallo de unificación citado, dijo que:

"Reclama la demandante la reliquidación de sus prestaciones sociales, con inclusión del porcentaje establecido como prima especial (30%), situación que obliga a la Sala a estudiar el fenómeno de la prescripción.

La ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales de término indefinido, dado su carácter de imprescriptible por ello, es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las actuaciones que emanan de los derechos prestacionales.

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

En el asunto objeto de examen, no puede predicarse que la obligación se haya hecho exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año, porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos." (Subrayado fuera de texto)

Siendo así, hacemos énfasis en que el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante las sentencias que se relacionan a continuación, declaró nulos los artículos referentes a la prima especial del 30% contenido en los decretos que regularon el régimen salarial que cobijaba al hoy demandante:

Decretos	Sentencia de nulidad del Consejo de Estado	Ejecutoria	Fecha de prescripción
53/1993 art. 6°	3 de marzo de 2005	8 de abril de 2005 (Edicto desfijado 5 abril 2005)	11 de abril de 2008
108/1994 art. 7°	3 de marzo de 2005	8 de abril de 2005 (Edicto desfijado 5 abril 2005)	11 de abril de 2008
49/1995 art. 7°	3 de marzo de 2005	8 de abril de 2005 (Edicto desfijado 5 abril 2005)	11 de abril de 2008
108/96 art. 7°	3 de marzo de 2005	8 de abril de 2005 (Edicto desfijado 5 abril 2005)	11 de abril de 2008
52/1997 art. 7°	3 de marzo de 2005	8 de abril de 2005 (Edicto desfijado 5 abril 2005)	11 de abril de 2008
50/1998 art. 7°	13 de septiembre de 2007	26 de octubre de 2007 (edicto desfijado el 23 de octubre)	29 de octubre de 2010

38/1999 art. 7°	14 de febrero de 2002	12 de agosto de 2002 (edicto desfijado el 6 de agosto de 2002)	16 de agosto de 2005
2743/2000 art. 8°	15 de abril de 2004	15 de octubre de 2004 (edicto desfijado el 12 de octubre de 2004)	19 de octubre de 2007
2729/2001 art. 8°	13 de septiembre de 2007	26 de octubre de 2007 (edicto desfijado el 23 de octubre)	29 de octubre de 2010
685/2002 art. 7°	15 de julio de 2004 (3531-02)	22 de noviembre de 2004 (Edicto desfijado el 17 de noviembre de 2004)	23 de noviembre de 2007

En consecuencia de lo anterior, cada uno de los derechos para el hoy demandante surgió a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de cada una de dichas Sentencias, ocurrida días después de ser proferidas.

Adicionalmente sobre este tema en sentencia reciente el Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, del 21 de Abril de 2016. Radicado: 050012331000200301220 01 (0237-2014) ha indicado reiterado el tema de la prescripción en los siguientes términos:

“(…) Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios.

Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes.

Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7o del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios.

Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales.

(…)

En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se

debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima."

Por tanto señor Magistrado, de conformidad con lo expuesto, preciso es concluir que las pretensiones planteadas por la actora están llamadas a fracasar.

EXCEPCIONES

1. Prescripción. Si el demandante mediante derecho de petición radicado solo hasta el 23 de diciembre de 2016, solicitó la reliquidación para los periodos comprendidos entre 2003 hasta la fecha, al respecto es importante indicar que ha operado el fenómeno de la prescripción, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, los derechos prescribirán en tres años contados desde el momento en que la obligación se haga exigible.

En el presente caso tenemos señor Magistrado, que ha operado el fenómeno de la prescripción trienal, de acuerdo a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, expuesta anteriormente y ratificada en sentencia del 21 de abril de 2016, del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Puesto que como lo señalan estas sentencias, el derecho para reclamar nace al día siguiente de la ejecutoria de los fallos que declararon la nulidad de los Decretos salariales de la Fiscalía General de la Nación. Esta situación fue la explicada en el cuadro del capítulo de los fundamentos y razones de derecho.

2. Caducidad. La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, en orden a evitar inseguridad jurídica. El efecto de la caducidad es, una vez configurada, impedir el acceso ante la Jurisdicción para definir una determinada controversia.

Es por lo anterior que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que ha regulado el tema de la caducidad señalando diferentes términos para ejercer cada uno de los medios de control previstos.

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...) d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (...)"

Por lo anterior, para el periodo reclamado por la demandante, ha operado la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN por las siguientes razones:

En reciente pronunciamiento en sentencia del 21 de abril de 2016, el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del Consejero Ponente: William

Hernández Gómez, en la que se reiteran los argumentos sobre la caducidad de la acción, expuestos por el Alto Tribunal en sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, donde señaló:

*"En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima. La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el **26 del de octubre de 2007**, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante. Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial." (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En este orden, debo reiterar que entre la fecha de ejecutoria de los citados fallos del Consejo de Estado y la fecha de presentación del derecho de petición e interposición de la demanda, pasaron más de 4 meses.

3. Cumplimiento de un deber legal. Propongo esta excepción teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación, frente a las pretensiones, solo se ha limitado a darle estricto cumplimiento a los Decretos salariales fijados por el Gobierno Nacional.

4. Carencia de Objeto.

Pues a partir del año 2003 se eliminó de los Decretos Salariales, Decreto 1035 del 21 de mayo de 2013, Decreto 19 del 9 de enero de 2014, derogado por el Decreto 205 de 2014, Decreto 1087 del 26 de mayo de 2015, Decreto 219 del 12 de febrero de 2016, Decreto 989 del 9 de junio de 2017, la prima especial del 30% como factor no salarial, de donde se desprende que la Entidad no adeuda ningún emolumento correspondiente a estas vigencias, pues para los años a los cuales hace referencia el accionante, los salarios y prestaciones sociales se liquidaron, con base en el 100% del salario.

No obstante lo anterior, el eje central de estos periodos posteriores al año 2003 no es otro que la carencia de objeto para pedir, pues el accionante no es destinatario de una prima que la ley no concede, y que no puede, ni representada reconocer a motu proprio, ni interpretarlos, pues se estaría extralimitando en el ejercicio de sus funciones, reconociendo algo que la ley no otorga, por lo que la Fiscalía General de la Nación ha

pagado los salarios y prestaciones sociales con base en el 100% del salario, razón por la cual carece absolutamente de objeto la petición.

Para el periodo del año 2003 y en adelante y que como ya se indicó, en éste, y en los decretos salariales posteriores, se **suprimió el tema de la prima del 30% toda vez que dicho valor hace parte del salario básico indicado en la tabla salarial establecida en el artículo 4º del mismo.**

Lo anterior significa que para las vigencias del año 2003 y siguientes, por mandato legal, La Fiscalía General de la Nación debía liquidar las prestaciones del señor Álvaro Hormiga Mantilla, con base en el 100% del salario de conformidad con la normatividad vigente al momento de liquidar y pagar tales emolumentos y en efecto así se procedió.

Así mismo es del caso mencionar, que por disposición Constitucional – Art. 249 superior, la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tiene autonomía administrativa y presupuestal, por lo que anualmente el Gobierno Nacional expide los decretos salariales aplicables tanto para la Rama Judicial como para la Fiscalía, y los mismos por mandato expreso de la ley no son extensibles ni aplicables a otros funcionarios ni instituciones, por lo que por sustracción de materia, aplicar un régimen y decreto diferente al fijado para la Fiscalía General de la Nación, se torna improcedente.

Así mismo, es importante anotar que los Decretos Nacionales que fijaron el régimen salarial y prestacional para los servidores de la Fiscalía General de la Nación desde el año 2013 y en adelante, cobijan el régimen salarial y prestacional del accionante y en ellos se reitera, no se contempla la prima especial de servicios.

En efecto, debe resaltarse que en ellos se establece que: *"Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10º de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."* Situación que no facultó a la Fiscalía General de la Nación para actuar de manera diferente y reconocer lo que en ellos no se estipula.

El desconocer las previsiones contenidas en estos Decretos salariales, implicarían consecuencias fiscales y disciplinarias para el funcionario que así lo autorice, por extralimitación en sus funciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6º de la Constitución Nacional que determina:

"Artículo 6º. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

Bajo esta consideración, de acceder a lo pretendido por el accionante, se desconocería de forma abierta e ilegal la presunción de legalidad que se predica de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el régimen salarial y prestacional para los servidores de la Fiscalía General de la Nación para los años 2003 en adelante.

Así mismo, se estaría realizando un reconocimiento al cual no tiene derecho alguno en primer lugar y en segundo lugar, al no haber sido destinatario o beneficiario de la prima

especial de servicios, pues se repite, a partir del año 2003, los decretos salariales no contemplaban la prima especial de servicios.

5. Genérica. Propongo como excepción la genérica, las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y las normas legales pertinentes.

PRUEBAS

1. De conformidad con el párrafo 1º. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta defensa se permite indicar que los antecedentes administrativos que dieron origen a la controversia ya obran dentro del expediente, toda vez que los mismos fueron aportados en su integridad por el demandante, por lo que en virtud del principio de economía establecido en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, no se remiten nuevamente.

2. Las leyes enunciadas en la presente defensa, no se anexan por considerar que son de carácter nacional y de pleno conocimiento.

3. Téngase como pruebas los antecedentes administrativos aportados por la parte demandante con la demanda.

ANEXOS

Acompaño al presente memorial los siguientes:

- Poder para actuar.

NOTIFICACIONES

La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, recibirá notificaciones en la Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación en Bogotá, Diagonal 22 B No. 52 - 01, Bloque C, Piso 3, Ciudad Salitre o al correo electrónico: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.

Del señor Magistrado,

Andrés Felipe Zuleta Suárez

ANDRÉS FELIPE ZULETA SUÁREZ

C. C. No. 1.065.618.069

T. P. No. 251.759 del C. S. J.