

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Delegación de la ordenación del gasto en el secretario general / ORDENACION DEL GASTO - Delegación del gasto en procuraduría general / DELEGACION DE ORDENACION DEL GASTO - Procuraduría general

La Ley 201 de 1995, “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones” estableció en su artículo 8 que además de las funciones contenidas en el artículo 277 de la Carta el Procurador General podía “(...) delegar total o parcialmente en funcionarios de la Procuraduría General de la Nación las atribuciones que le señala el artículo 277 de la Constitución y ejercer la ordenación del gasto de la Procuraduría General de la Nación, con sujeción a las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica del Presupuesto General de la Nación y Normas Reglamentarias en cuanto al régimen de apropiaciones, adiciones, traslados, acuerdos de gastos, sujeción al programa caja, pagos y constitución de pagos de reserva, la cual podrá delegar en el Secretario General o en los Procuradores Territoriales”. Y el artículo 115, literal h, de la misma Ley, otorgó a la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación la función de “Ordenar los gastos...” Con base en lo anterior, el entonces Procurador General de la Nación, a través de las Resoluciones 0095 del 12 de Diciembre de 1995 y 0007 del 15 de enero de 1997, delegó en la Secretaria General de dicho organismo de control la ordenación del gasto en general sin límite de cuantía, exceptuando los viáticos, gastos de viaje y auxilios a que haya lugar.

ORDENACION DEL GASTO - Definición. Función delegable que comprende la realización del pago / PAGO DE CESANTIAS - Delegación en tesoreros o pagadores / CESANTIAS PARCIALES EN PROCURADURIA - Competencia por delegación del secretario general. Legalidad

La ordenación del gasto, tal como lo ha definido la Jurisprudencia Constitucional, “(...) es aquella facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal, para ejecutar el presupuesto de gastos asignado por la respectiva Ley Anual del Presupuesto, lo que genera un ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados. Así mismo, la conformación y modulación de la facultad de ordenación del gasto, en el caso de cada órgano del presupuesto en particular, es un asunto que la Constitución ha deferido al Legislador. En este sentido, la ley está facultada para fijar el alcance y forma de ejercicio de la facultad de ordenación del gasto, siempre y cuando no se vulnere el núcleo esencial de la autonomía presupuestal. Atendiendo la normativa citada, y acudiendo al criterio auxiliar de la justicia antes referido, no es necesario hacer un esfuerzo especial para advertir, en primer lugar, que la función de ordenación del gasto no es de aquellas que la Constitución adjudica de manera exclusiva al Procurador General de la Nación, pues en virtud de la propia carta (artículo 278) tal función es delegable en aquellos funcionarios que, como el Secretario General, exhiba la calidad de agente o delegado del Procurador General; y en segundo lugar, que dentro de lo que comprende la ordenación del gasto se encuentra el realizar los pagos, tal como lo preceptúa el artículo 8 de la Ley 201 de 1995 arriba transcrita, función que el ordenador del gasto puede delegar al tesorero o pagador de la entidad mediante acto administrativo o se determina al momento de determinar la estructura de la entidad. Cabe advertir que las Resoluciones atacadas reconocieron y ordenaron el pago de unas cesantías parciales con el régimen retroactivo, lo que involucra un aspecto netamente económico que debe ser atendido por medio de una actuación administrativa, toda vez que tiene que ver con la erogación del gasto. En esas condiciones, el cargo

No. 4 por falta de competencia de la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación para proferir los actos acusados no prospera.

RETROACTIVIDAD DE CESANTIAS - No se pierde por el hecho de cambiar de cargo o por supresión del mismo / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL ANTIGUO Y NUEVO - Regulación normativa en la Procuraduría / SUPRESION DE CARGO - No implica variación del régimen salarial y prestacional

Se pasa a estudiar el cargo No. 1 que formula el apelante consistente en que no existe norma legal que diga expresamente que la retroactividad de cesantías se creó en beneficio de los cargos o empleos que existían en el momento en que aquella fue establecida, o que se extingue cuando el empleado pasa de un cargo a otro nuevo empleo. Todo, con el fin de determinar si el hecho de haber cambiado de cargo como consecuencia de una supresión de cargos, hace que el actor pierda automáticamente el régimen retroactivo de cesantías consagrado en el Decreto 51 de 1993, del cual se había acogido. Es claro que el actor en la oportunidad que el decreto 51 de 1993 le brindó, fue enfático en manifestar que no se acogía al régimen salarial que dicho estatuto consagraba, o sea que era su voluntad continuar con el anterior. En estas condiciones, a aquellas personas que no se acogieron al nuevo régimen salarial, les eran aplicables las disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial establecidas en el decreto 51 de 1993, cuya vigencia comenzó el 1° de enero de ese año. Significa lo anterior, que el demandante conserva los beneficios establecidos en el Decreto 51 de 1993. No comparte la Sala lo manifestado por la entidad demandada en cuanto a que el actor perdió su régimen por el hecho de cambiar de cargo, porque éste se hizo acreedor al régimen, no por el cargo desempeñado, ni por la calidad del mismo, sino por su decisión de someterse al mismo y no acogerse al nuevo que le ofrecían. Por lo mismo, tampoco es de recibo la actuación de la entidad, quien en forma arbitraria, mediante el acto demandado, procedió a la liquidación de las cesantías del actor con base en los decretos 3118 de 1968 y 54 de 1993 y no con el decreto 51 de 1993, norma que de acuerdo con lo precedentemente expresado lo cobija. De otro lado, las normas relacionadas con el régimen salarial y prestacional para los servidores de la entidad demandada que se dictaron con posterioridad a la posesión del actor al nuevo cargo, respetaron los regímenes existentes para quienes estuvieran vinculados y no se hubieran acogido al Decreto 54 de 1993. La supresión del cargo que venía desempeñado el actor, circunstancia que no le es atribuible, no puede acarrear la variación del régimen salarial y prestacional que lo venía rigiendo y por lo tanto, le es aplicable el establecido en el Decreto 51 de 1993 por el cual optó y al cual no ha renunciado.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia 263-07 de 29 de noviembre de 2007, Ponente: ALFONSO VARGAS R.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-02891-01(4079-04)

Actor: JOSE JOAQUIN PALMA VENGOECHEA

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 1° de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

1. El actor, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la nulidad de las **Resoluciones 3695 del 22 de septiembre y 4531 del 30 de noviembre, ambas de 1999**, por medio de las cuales la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación reconoció con carácter retroactivo cesantías parciales por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1965 hasta el 13 de abril de 1998.

A titulo de restablecimiento solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que el actor no ha perdido el derecho a la retroactividad de sus cesantías

b) Que se ordene al ente demandado desafiliarlo del Fondo Nacional del Ahorro.

c) Que la Procuraduría General de la Nación proceda a solicitar al Fondo Nacional del Ahorro la devolución \$24.753.030, con el fin de que aquella continúe administrándole las cesantías.

d) Que el ente demandado debe reconocer y pagar los perjuicios materiales y económicos que se le han causado desde la fecha en que se profirieron las Resoluciones acusadas hasta cuando efectivamente se declaren nulas.

Como **hechos** de la demanda relató que se vinculó al servicio de la Procuraduría General de la Nación el 1° de septiembre de 1965 en el cargo de Oficinista Judicial de la Fiscalía Tercera del Consejo de Estado, por lo que desde ese momento adquirió el derecho a que las cesantías que se causaran a su favor quedaran sometidas al régimen retroactivo.

Expresó que en el mes de junio de 1970 fue ascendido al cargo de Secretario de la Fiscalía Tercera del Consejo de Estado, que posteriormente se denominó Profesional Universitario grado 20 de la Procuraduría Octava Delegada en lo Contencioso Y Profesional Especializado grado 20 de la misma Procuraduría.

Indicó que para el año 1993 se profirieron los Decretos 51 y 54 los cuales establecieron disposiciones en materia salarial y prestacional en la Rama Judicial, Ministerio Público y Justicia Penal Militar, consagrando el primero cesantías retroactivas y prima de antigüedad y el segundo no, por compensarlos con salarios más altos. Agrega, que en virtud del artículo 2° del Decreto 54 optó por acogerse al régimen prestacional consagrado en el Decreto 51.

Señala que el Presidente de la República expidió el Decreto 341 de 1998, por medio del cual se suprimieron varios cargos de la denominada “Planta Globalizada” de la Procuraduría General de la Nación, entre los cuales se encontraba el ejercido por él (Profesional Especializado Grado 20) y creó el de Asesor Grado 24, del cual tomó posesión el 13 de abril de 1998. Advierte que nunca estuvo fuera del servicio toda vez que siguió ejerciendo de Profesional Especializado hasta el día anterior en que tomó posesión del nuevo cargo.

Destaca que el 14 de abril de 1999 solicitó a la Procuraduría General de la Nación el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales por la suma de \$20.000.000.00, la cual fue resuelta mediante el oficio 4678 del 18 de junio del mismo año, en donde se le decía que había perdido el derecho a la retroactividad de sus cesantías a partir del momento en que pasó a desempeñar el cargo de Asesor Grado 24 en la Procuraduría 8ª Delegada en lo Contencioso, por tal razón debía informar el fondo privado que de ahí en adelante administraría sus cesantías.

Expresa que el 6 de julio de 1999 la Coordinadora del Grupo de Cesantías le remitió un oficio en el que le señalaba un plazo para que escogiera el fondo que administraría sus cesantías, sin embargo, al contestar dicho oficio informó que no escogía ningún fondo toda vez que el 9 de febrero de 1993 había manifestado a la institución que no renunciaba al régimen establecido en el Decreto 51 de 1993.

Indica que mediante la **Resolución 3695** del 22 de septiembre de 1999, la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación reconoció la suma de \$41.053.329.55 por concepto de cesantías con carácter retroactivo más la suma de \$3.699.701.00 por cesantías sin retroactividad causadas por el lapso comprendido entre el 14 de abril al 30 de diciembre de 1998, ordenó el pago de \$20.000.000.00 que correspondían a la liquidación parcial de cesantías con retroactividad y ordenó afiliarlo al Fondo Nacional del Ahorro para que administrara el saldo de las cesantías reconocidas.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, con argumentos que plasmó en el numeral 21 de la demanda, pero el mismo se resolvió el 30 de noviembre de 1999 mediante **la Resolución 4531**, que decidió confirmar la **3695**.

Las normas violadas y su concepto de violación fueron desarrolladas a folios 80 a 106.

En la oportunidad procesal correspondiente la parte demandante **adicionó** la demanda insistiendo en que la Ley fue la creadora de la retroactividad y solo otra disposición de igual categoría puede derogarla, sin desconocer los derechos adquiridos.

2. La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda en tiempo dando por cierto unos hechos y otros no. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que los actos demandados se profirieron con fundamento en la normatividad vigente para la época.

Seguidamente hizo un análisis de los regímenes salariales y prestacionales establecidos en los Decretos 51 y 54 de 1993 para concluir diciendo que si bien el actor tomó la opción de no cambiar de régimen salarial, éste operó por una sola vez, circunstancia que se predica de los cargos frente a los cuales se autorizó el cambio de régimen, pero que al aceptar un nuevo cargo en abril de 1998, no previsto en 1993, no podían aplicársele las disposiciones previstas para el cargo anterior.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante el fallo que se apela el Tribunal Administrativo de Arauca decidió denegar las súplicas de la demanda. (fls. 344 a 361)

Luego de hacer una reseña normativa referente a las cesantías y de acoger un concepto del 5 de agosto de 1999 que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consideró, en síntesis, que el señor Palma Vengoechea al tomar posesión del nuevo cargo que creó el Decreto 341 de 1998 debió tener en cuenta que éste tenía una nomenclatura y escala salarial diferente al cargo suprimido, por consiguiente, no podía pretender aceptar la remuneración del nuevo cargo pero continuar bajo el régimen anterior en todo lo que le resulte favorable, como lo es en este caso el derecho a la retroactividad de las cesantías, puesto que sería exigir a la Administración infringir normas constitucionales y legales al establecer para el actor un “hibrido” de régimen salarial.

Agregó que con la creación de nuevos cargos en la planta globalizada de la Procuraduría General de la Nación se determinaron las normas relativas a las prestaciones correspondientes a éstos. Además el Decreto 67 de 1998 determinó los montos de la asignación básica correspondiente y el régimen aplicable a las cesantías, que de conformidad con la Ley 432 de 1998 no puede ser con retroactividad sino con el nuevo sistema de liquidación, beneficios que perdió el actor al haber aceptado la nueva vinculación laboral en el cargo de Asesor Grado 24 ante la Procuraduría 8ª Delegada ante lo Contencioso.

LA APELACION

Debido al extenso escrito de apelación y a la reiteración en sus argumentos, la Sala, para mayor claridad en su fallo, agrupará por **cargos** las **objeciones** que denomina “de carácter particular” contra el fallo recurrido, así:

1. Ausencia de Normas Legales Preexistentes.

Afirma que el fallo cuestionado no indicó cuáles eran las normas legales preexistentes que establecían que por el hecho de pasar a ocupar un cargo superior dentro de la planta globalizada de la Procuraduría General de la Nación se perdiera el derecho a la retroactividad de cesantías. Dice, que en el

hipotético caso de que existieran tales normas éstas serían inconstitucionales y por ende inaplicables por desconocer derechos adquiridos.

Luego hace un análisis del Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que le sirvió al Tribunal como fundamento de su fallo, para concluir asegurando que el caso que ahí se planteó no es igual al del *sub-lite* pues en éste se controvierte el derecho a la retroactividad de las cesantías mientras que en aquél se discutía la pérdida del derecho a la prima de antigüedad. Agregó, que si el concepto se refiriera a la pérdida del derecho a la retroactividad de las cesantías por el hecho de pasar a ocupar un cargo superior, tampoco sería fundamento para la toma de tal decisión toda vez que los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado son simples opiniones personales y subjetivas que no obligan al Juez Contencioso Administrativo.

2. Vulneración al derecho de defensa y debido proceso.

Aduce que al proferir los actos acusados se le vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso, no porque se le hubiera de dejado sin oportunidad para interponer los recursos pertinentes contra la Resolución 3695, sino por el hecho de habersele "*despojando*" de un derecho laboral sin que previamente se le hubiera informado la existencia de la actuación administrativa en la primera etapa.

3. De la revocatoria Directa.

De igual manera considera vulnerados los artículos 69 y 72 del C.C.A., pues la entidad demandada revocó sin consentimiento expreso y escrito del actor el reconocimiento que se le había hecho de la retroactividad de sus cesantías.

4. Falta de Competencia del Funcionario que expidió el acto.

Aduce la falta de competencia de la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación para declara la extinción o pérdida de un derecho laboral legalmente adquirido. La anterior afirmación la hace consistir en que la facultad de "ordenar gastos" no comprende la de tomar decisiones

administrativas de índole laboral, como la de extinguir el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Que con ese mismo argumento, es decir que dicha funcionaria es la ordenadora del gasto, no se le dio la oportunidad de apelar la Resolución 3695, con el fundamento de que al estar facultada para ordenar el gasto de la Procuraduría General de la Nación, no tiene superior jerárquico, lo que a su juicio vulnera el artículo 50 del C.C.A. Lo anterior lo sustenta en que el hecho de que un funcionario administrativo sea competente para tomar una decisión, no determina que ésta no pueda ser impugnada ante el superior jerárquico. En otras palabras, el superior de la Secretaria General es el Procurador General de la Nación independientemente de que éste haya delegado en aquella la ordenación del gasto.

Seguidamente hace un análisis acerca de la teoría de la inescindibilidad y de los derechos adquiridos para luego redundar en la falta de estudio por parte del Tribunal al no sustentar su decisión en normas preexistentes.

5. El beneficio de la retroactividad de las cesantías es creado para beneficio de los empleados o trabajadores y no a favor de unos cargos.

Insiste en que las normas que regulan el régimen de cesantías retroactivas establecen ese beneficio a favor de los empleados o trabajadores, y que ese derecho no se extingue por la circunstancia de que un empleado pase de un cargo a otro nuevo. Para sustentar lo anterior hace un recuento normativo que se puede leer a folios 401 a 403.

Que si en gracia de discusión se dijera que la retroactividad de las cesantías es un derecho que surge dependiendo el cargo o el empleo, el señor Palma no debió perder tal prerrogativa, pues siempre ha estado al servicio de una misma oficina, ejerciendo las mismas funciones y bajo la misma relación laboral.

Por ultimo, manifiesta que al acogerse al régimen del Decreto 54 de 1993, le hizo conservar el derecho a la prima de antigüedad y la retroactividad de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Bien es sabido que una de las causales de anulación del acto administrativo es que éste hubiera sido proferido por funcionario incompetente, y como quiera que el recurrente alega dicha causal frente a los actos acusados, deberá la Sala **en primer lugar** estudiar la competencia de la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación para resolver sobre la solicitud que el actor elevó el 14 de abril de 1999, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales.

A juicio del demandante la facultad de “ordenar gastos” que tenía la Secretaria General del ente demandado no comprendía la toma de decisiones administrativas de índole laboral, como la de extinguir el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Al respecto se dirá que el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia dispone que *“El Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrán las siguientes funciones...10) Las demás que determine la Ley.”*

A su vez la Ley 201 de 1995, *“Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones”* estableció en su artículo 8 que además de las funciones contenidas en el artículo 277 de la Carta el Procurador General podía *“(...) delegar total o parcialmente en funcionarios de la Procuraduría General de la Nación las atribuciones que le señala el artículo 277 de la Constitución y ejercer la ordenación del gasto de la Procuraduría General de la Nación, con sujeción a las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica del Presupuesto General de la Nación y Normas Reglamentarias en cuanto al régimen de apropiaciones, adiciones, traslados, acuerdos de gastos, sujeción al programa caja, **pagos** y constitución de pagos de reserva, la cual podrá delegar en el Secretario General o en los Procuradores Territoriales”*. (Se resalta al transcribir)

Y el artículo 115, literal h, de la misma Ley, otorgó a la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación la función de “*Ordenar los gastos...*”

Con base en lo anterior, el entonces Procurador General de la Nación, a través de las Resoluciones 0095 del 12 de Diciembre de 1995 y 0007 del 15 de enero de 1997, obrantes a folios 164 y 169, respectivamente, **delegó** en la Secretaria General de dicho organismo de control **la ordenación del gasto en general sin límite de cuantía**, exceptuando los viáticos, gastos de viaje y auxilios a que haya lugar.

La ordenación del gasto, tal como lo ha definido la Jurisprudencia Constitucional, “*(...) es aquella facultad de los órganos estatales que disponen de autonomía presupuestal, para ejecutar el presupuesto de gastos asignado por la respectiva Ley Anual del Presupuesto, lo que genera un ámbito de decisión propio en punto a la contratación y a la disposición de los recursos adjudicados. Así mismo, la conformación y modulación de la facultad de ordenación del gasto, en el caso de cada órgano del presupuesto en particular, es un asunto que la Constitución ha deferido al Legislador. En este sentido, la ley está facultada para fijar el alcance y forma de ejercicio de la facultad de ordenación del gasto, siempre y cuando no se vulnere el núcleo esencial de la autonomía presupuestal*”¹. (Subraya la Sala)

Atendiendo la normativa citada, y acudiendo al criterio auxiliar de la justicia antes referido, no es necesario hacer un esfuerzo especial para advertir, en primer lugar, que la función de ordenación del gasto no es de aquellas que la Constitución adjudica de manera exclusiva al Procurador General de la Nación, pues en virtud de la propia carta (artículo 278) tal función es delegable en aquellos funcionarios que, como el Secretario General, exhiba la calidad de agente o delegado del Procurador General; y en segundo lugar, que dentro de lo que comprende la ordenación del gasto se encuentra el realizar los **pagos**, tal como lo preceptúa el artículo 8 de la Ley 201 de 1995 arriba trascrita, función que el ordenador del gasto puede delegar al tesorero o pagador de la entidad mediante acto administrativo o se determina al momento de determinar la estructura de la entidad.

¹ Sentencia 283 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Cabe advertir que las Resoluciones atacadas reconocieron y ordenaron el pago de unas cesantías parciales con el régimen retroactivo, lo que involucra un aspecto netamente económico que debe ser atendido por medio de una actuación administrativa, toda vez que tiene que ver con la erogación del gasto.

Por otro lado, pero inmerso en el mismo cargo que se estudia, el recurrente manifiesta que contra la **Resolución 3695** interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; sin embargo, luego de no reponer la decisión contenida en la Resolución 3695, se rechazó el recurso de alzada con el argumento de que el Procurador no es el superior jerárquico en cuanto a ordenamiento del gasto se refiere, ya que ésta facultad la delegó en dicha funcionaria, argumento que a su juicio vulnera el artículo 50 del C.C.A, debido a que no le dio la oportunidad de que se revisara su decisión por parte del superior jerárquico, es decir, por parte del Procurador General de la Nación.

Sabido es que para anular una decisión administrativa debe comprobarse que el acto administrativo infrinja las normas en que debía fundarse, o hubiera sido proferido por funcionario incompetente, o en forma irregular o con falsa motivación o desvío de poder, situaciones que no ocurrieron en el caso objeto de examen.

Ahora bien, otra causal de nulidad de las decisiones administrativas es que el acto se haya proferido con desconocimiento del derecho de defensa, no obstante, tampoco se desconoció el derecho en comento durante la actuación administrativa que aquí se dio, toda vez que el actor tuvo a su alcance los mecanismos judiciales para ejercer su defensa, cuales son los recursos establecidos en la Ley, más concretamente el de queja *“(...) que podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso²”*

En esas condiciones, el cargo **No. 4** por falta de competencia de la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación para proferir los actos acusados no prospera.

² Artículo 50 del C.C.A., numeral 3º.

Resuelto lo anterior se pasa a estudiar el cargo **No. 1** que formula el apelante consistente en que no existe norma legal que diga expresamente que la **retroactividad de cesantías** se creó en beneficio de los cargos o empleos que existían en el momento en que aquella fue establecida, o que se extingue cuando el empleado pasa de un cargo a otro nuevo empleo. Todo, con el fin con el fin de determinar si el hecho de haber cambiado de cargo como consecuencia de una supresión de cargos, hace que el actor pierda automáticamente el régimen retroactivo de cesantías consagrado en el Decreto 51 de 1993, del cual se había acogido.

Para dilucidar lo anterior, la Sala considera necesario traer a colación la sentencia del 29 de noviembre del 2007, Expediente No. 263-00, con ponencia del Consejero de Estado Alfonso Vargas Rincón, en donde se resolvió la situación antes expuesta. En ella se dijo:

“Con fundamento en la Ley 4ª de 1992 se expidieron varios decretos fijando expresamente los salarios de los servidores de la Rama Judicial, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, en los cuales se siguió otorgando a quienes con anterioridad a su vigencia venían vinculados a esa entidad, la posibilidad de escoger entre continuar con el régimen salarial y prestacional que venía regulándolos, o la de optar por el nuevo sistema.

Así, el decreto 51 de 1993 contiene el régimen salarial para los empleados que no se acogieron al nuevo, que es el establecido en el Decreto 54 de 1993 y éste por su parte, dispuso:

*Los servidores públicos vinculados a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo podrán optar, por una sola vez, antes del veintiocho (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 dicha fecha.**” (Resalta la Sala).*

Es claro que el actor en la oportunidad que el decreto pertinente le brindó, fue enfático en manifestar que no se acogía al régimen salarial que dicho estatuto consagraba, o sea que era su voluntad continuar con el anterior (folio 23). En estas condiciones, a aquellas personas que no se acogieron al nuevo régimen salarial, les eran aplicables las disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial establecidas en el decreto 51 de 1993, cuya vigencia comenzó el 1º de enero de ese año.

Significa lo anterior, que el demandante conserva los beneficios establecidos en el Decreto 51 de 1993.

No comparte la Sala lo manifestado por la entidad demandada en cuanto a que el actor perdió su régimen por el hecho de cambiar de cargo, **porque éste se hizo acreedor al régimen, no por el cargo desempeñado, ni por la calidad del mismo, sino por su decisión de someterse al mismo y no acogerse al nuevo que le ofrecían. (Resalta la Sala)**

Por lo mismo, tampoco es de recibo la actuación de la entidad, quien en forma arbitraria, mediante el acto demandado, procedió a la liquidación de las cesantías del actor con base en los decretos 3118 de 1968 y 54 de 1993 y no con el decreto 51 de 1993, norma que de acuerdo con lo precedentemente expresado lo cobija.

De otro lado, las normas relacionadas con el régimen salarial y prestacional para los servidores de la entidad demandada que se dictaron con posterioridad a la posesión del actor al nuevo cargo, respetaron los regímenes existentes para quienes estuvieran vinculados y no se hubieran acogido al Decreto 54 de 1993.

Así, el decreto 67 de 1998 estableció en el artículo 1º:

*“El régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y **para quienes optaron por el régimen previsto en los Decretos 54 de 1993 y 107 de 1994** y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las Ramas del Poder Público, organismos o instituciones del sector público.”(Resalta la Sala).*

Y el artículo 1º del decreto 37 de 1999, dispuso:

*“El régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen al servicio con posterioridad a la vigencia del mismo y **para quienes optaron por el régimen previsto en los Decretos 54 de 1993 y 107 de 1994** y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las Ramas del Poder Público, organismos o instituciones del sector público.” (Resalta la Sala).*

Se concluye en consecuencia, que estos estatutos no son aplicables para quienes se acogieron al Decreto 51 de 1993.

La supresión del cargo que venía desempeñado el actor, circunstancia que no le es atribuible, no puede acarrear la variación del régimen salarial y prestacional que lo venía rigiendo y por lo tanto, le es aplicable el establecido en el Decreto 51 de 1993 por el cual optó y al cual no ha renunciado. (Se destaca)

Con lo anterior, queda desvirtuada la legalidad de los actos demandados, razón por la cual se deberá declarar su nulidad y a título de restablecimiento del derecho

se ordenará a la entidad demandada mantener al demandante en el régimen contenido en el Decreto 51 de 1993.”

Acogiendo en su totalidad la jurisprudencia antes transcrita, encuentra la Sala que las resoluciones demandadas están viciadas de nulidad, razón por la cual se habrá de accederse a las pretensiones de la demanda, no sin antes revocar la sentencia apelada, como en efecto se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Por último no se accederá al pago de los perjuicios, en virtud de que es un hecho incontrovertible que en el plenario no figura prueba de que la expedición de las resoluciones enjuiciadas le haya ocasionado perjuicios morales y materiales, cuya cuantía ni siquiera determinó en la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCASE la sentencia del 1° de abril de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca en el proceso promovido por JOSE JOAQUIN PALMA VENGOECHEA. En su lugar se dispone:

1. Declarase la Nulidad de las Resoluciones **3695** del 22 de septiembre y **4531** del 30 de noviembre, ambas de 1999, **por medio de las cuales la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación reconoció con carácter “retroactivo cesantías” parciales por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1965 hasta el 13 de abril de 1998.**

2. Declarase que el señor JOSE JOAQUÍN PALMA VENGOECHEA no perdió el derecho a la retroactividad de sus cesantías y por consiguiente la Nación **deberá**, si aún estuviese vinculado, mantenerlo en el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 51 de 1993.

3. Ordenase a la Nación- Procuraduría General de la Nación- a desafiliar al señor JOSE JOAQUIN PALMA VENGOECHEA del Fondo Nacional del Ahorro.

4. Ordenase a la Nación – Procuraduría General de la Nación- solicitar al Fondo Nacional del Ahorro la devolución de la totalidad de las sumas que por concepto de cesantías haya consignado a favor del señor JOSE JOAQUIN PALMA VENGOECHEA.

5. Una vez se haya hecho la devolución de los dineros por parte del Fondo Nacional Del Ahorro, se **Ordena** a la Nación – Procuraduría General de la Nación, que mientras permanezca vinculado a su servicio administre las cesantías del señor JOSE JOAQUÍN PALMA VENGOECHEA.

6. DENIEGANSE las demás pretensiones

Ejecutoriada la providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE
PUBLIQUESE**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON