

**REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL – Servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación: Ni la supresión de cargo, ni el cambio de cargo implican variación de régimen salarial del antiguo al nuevo / REGIMEN SALARIAL DE EMPLEADOS ANTIGUOS - No se modifica al nuevo régimen por cambio de cargo / CAMBIO DE CARGO – No implica cambio de régimen salarial del antiguo al nuevo sistema / RETROACTIVIDAD DE LAS CESANTIAS – El cambio de cargo en la misma entidad no significa cambio de régimen salarial**

El actor solicitó el 14 de abril de 1999 a la Procuraduría General de la Nación el reconocimiento y pago de una cesantía parcial por valor de veinte millones de pesos (\$20'000.000). La entidad demandada mediante oficio 4678 del 18 de junio de 1999 le comunicó que por el hecho de haber pasado a desempeñar el cargo de asesor grado 24 perdió su derecho a la retroactividad de las cesantías. 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. 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. 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. 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. 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.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION SEGUNDA –SUBSECCION “A”**

*CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN*

***Bogotá D.C., noviembre veintinueve (29) de dos mil siete (2007).***

**Referencia:** Expediente No. 263-00

**Radicación:** 11001032500020000004500

**Actor:** JOSÉ JOAQUÍN PALMA VENGOECHEA

**AUTORIDADES NACIONALES**

Mediante apoderado judicial el señor José Joaquín Palma Vengoechea, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la nulidad de los oficios 4678 y 10300 del 18 de junio y 2 de septiembre de 1999, respectivamente, proferidos por la Coordinadora Grupo de Cesantías de la Procuraduría General de la Nación y de la resolución 3742 del 24 de septiembre del mismo año,

proferida por la Secretaria General de esa misma entidad.

Como restablecimiento del derecho pide que se declare que no ha perdido a partir del 13 de abril de 1998 el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Relata el demandante que ingresó al servicio de la Procuraduría General de la Nación el 1º de septiembre de 1965 en el cargo de oficinista judicial; que desde ese momento adquirió el derecho a que las cesantías que se causaran a su favor quedaran sometidas al régimen de retroactividad que existía y que existe para los empleados y trabajadores de la rama judicial y la procuraduría. Que posteriormente fue ascendido al cargo de secretario de dicha entidad, cuya denominación cambio a la de profesional universitario grado 20.

Sostiene que el Congreso Nacional mediante la expedición de la ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados, entre otros, de los del Ministerio Público. En ejercicio de estas facultades el gobierno expidió los decretos 51 y 54 de 1993, que este último eliminó el sistema de la prima de antigüedad y de retroactividad de cesantías y estableció la posibilidad de que los empleados y funcionarios que tuvieran derecho a dichos beneficios pudieran renunciar a ellos.

Sólo los empleados que tomaron la opción de los decretos 54 de 1993 y 107 de 1994 perdieron el derecho a la prima de antigüedad y a la retroactividad de las cesantías.

Mediante memorial del 9 de febrero de 1993 manifestó a la entidad demandada que no tomaba la opción del decreto 54 y en consecuencia siguió en el régimen anterior, es decir, conservaba el derecho de la prima de antigüedad y a la retroactividad de las cesantías.

Mediante el decreto 341 de 1998 se suprimieron varios cargos de la planta globalizada de la Procuraduría General de la Nación, entre ellos, el de profesional especializado grado 20 que desempeñaba. Este mismo decreto creó nuevos cargos, entre otros, el de asesor grado 24 al cual fue incorporado.

El 14 de abril de 1999 presentó una solicitud de cesantía parcial y que mediante el oficio 4678 del 18 de junio de 1999 se le manifestó que por el hecho de haber pasado a desempeñar el cargo de asesor grado 24 perdió su derecho a la retroactividad de las cesantías. Que contra ese acto administrativo interpuso recurso de apelación que fue rechazado mediante el oficio 10300 del 2 de septiembre de 1999. Que mediante resolución 3742 del 24 de septiembre del mismo año, la Secretaria General de la Procuraduría

General de la Nación negó el de queja interpuesto contra el anterior oficio.

**Normas violadas:**

Cita las siguientes:

- C.P. artículos 2, 29, 53 y 58
- C.C.A., artículos 28, 50, 53, 59 inciso 2°
- Decreto 54 de 1993, artículo 20
- Decreto 107 de 1994, artículo 22
- Decreto 26 de 1995, artículo 22
- Decreto 35 de 1996, artículo 27.
- Decreto 56 de 1997, artículo 25
- Decreto 67 de 1998, artículo 25
- Decreto 37 de 1999, artículo 25.
- Ley 201 de 1995, artículos 115 a 132.

Como concepto de violación afirma que se violó el debido proceso en razón a que la funcionaria que expidió el oficio 4678 del 18 de junio de 1999 ***carecía de competencia*** para declarar que había perdido el derecho a la retroactividad de las cesantías, despojándolo de un derecho ***sin cumplir con las formalidades legales y violando los derechos adquiridos***. Tales derechos no pueden desconocerse ni siquiera por leyes posteriores, como sucede en este caso, en donde el actor no optó por el

decreto 54 de 1993 conservando los derechos a la prima de antigüedad y a la retroactividad de las cesantías.

### ***CONTESTACION DE LA DEMANDA***

La Procuraduría General de la Nación, al contestar la demanda, expresó lo siguiente:

De conformidad con los principios que rigen la organización de la Administración Pública, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, se encuentra definido en la ley 4ª de 1992. Con la expedición de los decretos 51 y 54 de 1993, el régimen salarial de los servidores de la procuraduría se divide, entre quienes conservan el sistema de asignación básica con prima de antigüedad y entre quienes se acogieron al nuevo régimen optativo. El sistema que mantiene el régimen de antigüedad, se aplica respecto de las denominaciones y grados de los cargos existentes hasta ese momento y se aplica a todas las denominaciones y grados de los cargos que existan en ese momento y los que en el futuro se establezcan, sin que se pueda admitir el pago retroactivo de cesantías.

Señala textualmente:

“Una vez el servidor toma posesión de determinada dignidad (como en el caso del demandante), el acto administrativo en virtud del cual se lo nombró cobra a plenitud de sus nuevos efectos legales, entre otros, el de la no retroactividad de las cesantías.

Si bien es cierto que la opción de cambiar el régimen salarial operó por una sola vez, se debe aclarar que esta circunstancia se predica de los cargos frente a los cuales se autorizó el cambio de régimen, regulados hasta la época de la expedición de los Decretos 51 de 1993 y 104 de 1994 y no frente a los empleos creados con posterioridad, respecto de los cuales el Gobierno Nacional ha fijado los correspondientes emolumentos a través de los respectivos decretos.”(fl.106).

*Pretender alegar y reconocer la retroactividad de las cesantías, equivale a ampararse en dos sistemas excluyentes, pues pretenden de una parte seguir gozando de prima de antigüedad y retroactividad de cesantías y de otra quedar cobijados por el salario previsto para los servidores que se acogieron al Decreto 54 de 1993, lo cual está prohibido por el Artículo 27 del precitado Decreto.”*

Concluye manifestando que no procede acogerse a los beneficios de una disposición legal y rechazar lo negativo de otra, que no es posible afirmar que al demandante se le ha dado un trato discriminatorio y que la implantación de los nuevos sistemas salariales mediante los decretos 51 y 54 de 1993 no implica el quebrantamiento del derecho a la igualdad.



## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero de la Corporación en escrito que obra a folios 163 a 175 considera que en el presente asunto debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, y en consecuencia restablecer el derecho conforme se solicita en la demanda.

Sostiene que el acto demandado (oficio 4678 del 18 de junio de 1999) informó al demandante, que la liquidación de su cesantía se tramitaría de acuerdo con lo establecido en el decreto 3118 de 1968 por haber aceptado voluntariamente el cargo de asesor grado 24 a partir del 13 de abril de 1998, es decir, que se sometía a la nueva normatividad y en consecuencia el beneficio de la retroactividad iría hasta el 12 de abril de 1998.

El acto acusado, expresa, es un verdadero acto administrativo en cuanto decidió la petición del demandante, **definiendo una situación con efectos jurídicos**, a lo cual agrega que la Coordinadora de Grupo de Cesantías carecía de competencia para hacer dicho pronunciamiento.

Para el Ministerio Público es claro que los empleados que se vincularon al momento de la creación de los cargos de

asesores grado 24 o los que venían en la entidad pero que se habían acogido al sistema del decreto 54 de 1993, quedaron sometidos al nuevo régimen prestacional, lo cual no sucede con aquellos que en 1993 decidieron quedarse en el sistema anterior, por lo tanto no puede privárseles de esos beneficios por el hecho de acceder a un nuevo cargo.

Agrega finalmente:

...no encuentra esta Agencia del Ministerio Público, dentro de la normatividad promulgada con posterioridad a los Decretos 51 y 54 de 1993, incluso en los de creación de los cargos, disposición que consagre que por el hecho de posesionarse en un nuevo empleo se pierda el beneficio que invoca el actor, y no le es dable al interprete deducirlo o inferir, un criterio en ese sentido, máxime cuando se trata de derechos de los trabajadores que gozan de especiales garantías postuladas a través de principios de orden Constitucional y desarrolladas legalmente, y lo confirma, el artículo 56 de la Carta Política..." (fl.174).

Para resolver, se

## **CONSIDERA**

Se trata de establecer la legalidad de los oficios 4678 y 10300 del 18 de junio y 2 de septiembre de 1999, respectivamente, proferidos por la Coordinadora de Grupo de Cesantías de la Procuraduría General de la Nación y de la resolución 3742 del 24 de septiembre del mismo año, proferida por la Secretaría General de esa misma entidad.

En primer lugar, la Sala establecerá si el oficio 4678 del 18 de junio de 1999, se constituye en un acto de **trámite** o **definitivo** y, por lo tanto, si puede ser objeto de demanda ante el contencioso administrativo.

El señor José Joaquín Palma Vengoechea solicitó el 14 de abril de 1999 a la Procuraduría General de la Nación el reconocimiento y pago de una cesantía parcial por valor de veinte millones de pesos (\$20'000.000). La entidad demandada mediante oficio 4678 del 18 de junio de 1999 le comunicó que por el hecho de haber pasado a desempeñar el cargo de asesor grado 24 perdió su derecho a la retroactividad de las cesantías. Dispuso en dicho acto:

Nos permitimos comunicarle, que al haber usted aceptado de manera voluntaria el cargo de Asesor Grado 24, a partir del 13 de abril de 1998, sus cesantías parciales, se

liquidarán con beneficio de retroactividad hasta el 12 del mes y año antes citado, por someterse a partir de su nueva posesión, al régimen salarial y prestacional previsto en la normatividad, para el cargo que en la actualidad desempeña. En consecuencia, sus cesantías a partir del 13 de abril de 1998, se liquidaran bajo los parámetros del decreto 3118 de 1968, es decir anualmente y con carácter definitivo.

Por lo anterior, debe informarnos si desea que sus cesantías se administren por el Fondo Nacional de Ahorro o por un Fondo Privado, para lo cual debe señalar el nombre de uno de ellos, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 20, párrafo tercero del Decreto 54 de 1993 y las resoluciones 020 de 1994 y 106 de 1995, emanadas por el Procurador General de la Nación. (Folio 22).

El ataque fundamental del actor frente a este acto consiste en que, a su juicio, vulnera el debido proceso, en razón al cambio arbitrario de régimen salarial y prestacional al cual fue sometido mediante el acto demandado y a la incompetencia del funcionario que profirió el mismo. Así mismo, considera que es claro que en su oportunidad informó que continuaría en el régimen establecido en el Decreto 51 de 1993 y que no se acogería al 54 del mismo año, es decir, conservaba el derecho al pago de la prima de antigüedad y a la retroactividad de las cesantías y por tanto, la decisión de la administración no estaba conforme a derecho.

Se observa que la administración en el acto anterior no está respondiendo la solicitud del demandante relacionada

con el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, sino por el contrario está *"comunicando"* una situación en la cual se encuentra el demandante, y más allá de comunicar está definiendo las condiciones del actor en cuanto al régimen salarial y prestacional. Considera la Sala que en el fondo dicho acto no está *"comunicando o informando"* sino modificando la situación del demandante en relación con el régimen salarial y prestacional que lo rige, es decir, fijando unos efectos jurídicos que afectan directamente al actor.

Contra el anterior oficio (4678) el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue rechazado por improcedente según el oficio 10300 del 2 de septiembre de 1999, y contra este último propuso el de queja ante el Procurador General de la Nación, que fue negado por Resolución 3742 del 24 de septiembre de 1999, actuación en la que no se le informó al actor sobre los recursos que contra ellas procedían, obligación contenida en el artículo 47 del C.C.A., situación que habilita al administrativo para acudir directamente en demanda contra el acto, al tenor de lo señalado en el artículo 135 *ibídem*.

Así las cosas, establecido como está que el acto demandado es un acto administrativo mediante el cual se decide acerca de una situación jurídica que afecta al demandante y que la vía gubernativa fue debidamente agotada, entrará la Sala a estudiar el fondo del asunto.

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 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.

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.

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.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**DECLÁRASE LA NULIDAD** de los Oficios 4678 del 18 de junio, 10300 del 2 de septiembre y de la Resolución 3742 del 24 de septiembre, todos de 1999, proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la Procuraduría General de la Nación deberá mantener al señor José Joaquín Palma Vengoechea en el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 51 de 1993.

*Cópiese, notifíquese **y en firme esta providencia**, archívese **el expediente**. PUBLÍQUESE.*

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

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN      JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN