

VACACIONES EN LA RAMA JUDICIAL - Marco normativo

La Ley 270 de 1996, "Estatutaria de la Administración de Justicia", reguló en el Título VI, Capítulo I, algunos aspectos básicos sobre las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, como son, entre otros, el régimen colectivo e individual de vacaciones, así: (...). El artículo 204 ibídem, consagró: "Art. 204. Normas sobre Carrera Judicial. Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la Carrera Judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto - ley 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley." Por su parte, el Decreto No. 1660 de 1978, "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal", dispuso en sus artículos 107 y 108 que: Art. 107. Para efectos legales, los días de vacancia en la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público y las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal, son los siguientes: a)... b) Los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el diez (10) de enero siguiente, inclusive, lapso en el cual los funcionarios y empleados, con las excepciones que se indican en el artículo siguiente, disfrutarán colectivamente de las vacaciones anuales. Art. 108. Las vacaciones serán siempre individuales y por turnos para los funcionarios y empleados que se relacionan a continuación: (...). A su vez, el Decreto No. 546 de 1971 "por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares", estableció en su artículo 4º que durante la vacancia judicial se recibiría la asignación completa correspondiente al cargo desempeñado y agregó, en el artículo 32 que: "En cuanto no se opongan al texto y finalidad del presente Decreto, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 serán aplicables a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público."

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 146 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 204 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 107 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 108 / DECRETO 546 DE 1971 - ARTICULO 4

VACACIONES EN LA RAMA JUDICIAL - Pago proporcional por aplicación de normas generales aplicables a los empleados públicos / PAGO PROPORCIONAL DE VACACIONES - Viable en rama judicial

De la normatividad se infiere que: (I) El régimen de vacaciones de la Rama Judicial es especial, tiene su regulación propia, y (II) No todas las situaciones posibles, como el pago proporcional de vacaciones cuando se presenta retiro del servicio sin llegar al 20 de diciembre del respectivo año, fue regulado expresamente por el mismo. A pesar de lo anterior, el Régimen de vacaciones de la Rama Judicial: (a) regula aspectos que permitirían, bajo una interpretación armónica del mismo, inferir la viabilidad del pago proporcional de vacaciones y (b) tiene una cláusula de remisión al régimen general prestacional de los empleados públicos, dentro del cual sí se regula el aspecto en debate. En cuanto al primer tópico, esto es, a la regulación de aspectos similares, dispone el artículo 109 del Decreto No. 1660 de 1978 el pago proporcional de la prima de vacaciones en los siguientes términos: "Los funcionarios y empleados tendrán derecho por las vacaciones anuales causadas o que se causen a partir del 1º de abril de 1977, a

una prima anual equivalente a quince (15) días de sueldo, que se pagará en la semana anterior al inicio de su disfrute. Cuando las vacaciones fueren colectivas y el funcionario o empleado no haya servido el año completo tendrá derecho al reconocimiento de la prima de vacaciones, a razón de una doceava (1/12) parte de su valor por cada mes completo de servicio. (...) Si por cualquier circunstancia se autoriza el pago de vacaciones en dinero, se perderá el derecho a la prima. Sin embargo, cuando el empleado o funcionario se retire del servicio sin haber disfrutado de vacaciones, tendrá derecho al pago de la prima, salvo cuando el retiro haya sido por destitución o por abandono del cargo (...)" Negrilla fuera de texto. Frente al segundo aspecto, esto es, que el régimen especial regula aspectos que dentro de una interpretación armónica del mismo, considera viable el pago proporcional de vacaciones y, además, remite en caso de vacío a las normas generales aplicables a los empleados públicos, esto es, a los Decretos Nos. 3135 de 1968, 1045 de 1978 y concordantes.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 546 DE 1971 - ARTICULO 4 / DECRETO 546 DE 1971 - ARTICULO 32 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 109 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 1045 DE 1978

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, 15872 MP. Dolly Pedraza de Arenas.

VACACIONES - Régimen de los empleados del orden nacional / COMPENSACION DE VACACIONES POR RETIRO DEL SERVICIO - Tiempo mínimo de labor y mes de gracia

Disponen los artículos 8º y 10º del Decreto No. 3135 de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, que: (...). Posteriormente, el Decreto No. 1045 de 1978, “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”, reguló el pago proporcional de vacaciones por retiro del servicio, en los siguientes términos: (...). Por su parte, el artículo 21 del citado decreto, dispone: ARTICULO 21. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES NO CAUSADAS EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozcan y compensen en dinero las correspondientes vacaciones como si hubiera trabajado un año completo”. Esta última disposición fue declarada condicionalmente exequible, mediante la sentencia C-897 de 7 de octubre de 2003, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, en los siguientes términos: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 21 del Decreto - ley 1045 de 1978, en el entendido que la fracción de tiempo que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, es decir, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado.”. Tuvo como argumentos fundamentales la Corte para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, los siguientes: Es decir, si el servidor público no alcanza el año de servicios para tener derecho a quince días de vacaciones como lo exige el artículo 8º del Decreto No. 3135 de 1968, la ley le concede un "término de gracia de un mes", para que le sean compensadas en dinero sus vacaciones en forma completa. Quiere ello decir

que el empleado que trabaje once meses tiene derecho al pago total de las vacaciones como si hubiera laborado un año completo.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 8 / DECRETO 3135 DE 1968 - ARTICULO 10 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 20 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 21

NOTA DE RELATORIA: Se cita sentencia Corte Constitucional, C-897 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

PAGO PROPORCIONAL DE VACACIONES POR RETIRO DEL SERVICIO - Convenio 132 de la OIT / VACACIONES - Pago proporcional : Ley 995 de 2005

Teniendo en cuenta que el no reconocer el pago proporcional de las vacaciones no disfrutadas por retiro del servicio, sin cumplir el año completo, podría afectar el goce de derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores o servidores públicos, adicionalmente, desconocería el Convenio 132 proferido por la Organización Internacional del Trabajo aprobado en Ginebra, Suiza, el 24 de junio de 1970, que dispone en el artículo 4° numeral 1, que toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones, tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año. Es pertinente aclarar que la cita normativa relacionada con el artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, se efectúa, teniendo en cuenta que es aplicable al caso concreto, en virtud de la fecha de desvinculación del accionante (año 2001), pues mediante la Ley 995 de 2005 se derogó expresamente, en los siguientes términos: “Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. Artículo 2°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las normas que le sean contrarias, en especial el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978 y el numeral 2 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 27 de la Ley 789 de 2002.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 21 / LEY 995 DE 2005 - ARTICULO 1 / LEY 995 DE 2005 - ARTICULO 2

VACACIONES EN RAMA JUDICIAL - Pago proporcional por aplicación de normas aplicables a empleados del orden nacional / PAGO PROPORCIONAL DE VACACIONES - Viable en Rama Judicial

Una vez más, con la expedición de la Ley 995 de 2005, queda claro que al constituir las vacaciones un derecho que se adquiere por el simple transcurso del tiempo laborado, no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado bajo el argumento de que las normas expresamente no prevén dicho pago, pues, se reitera, de una comprensión ajustada a la Constitución del artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978 ello es evidente. Así, en el caso particular del actor se tiene que habiendo causado su

derecho al descanso remunerado por haber laborado hasta el 31 de octubre de 2001, fecha de su retiro, sin que hubiera disfrutado las vacaciones causadas por tratarse de un funcionario de la Rama Judicial cobijado por el régimen de vacaciones colectivas, es viable el reconocimiento incoado. Igual beneficio se estableció en el Decreto No. 404 de 2006 para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor. Estas consideraciones son suficientes para concluir que al accionante le asiste el derecho a compensar en dinero, proporcionalmente, las vacaciones causadas durante el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2001 y el 31 de octubre del mismo año. Ahora bien, el tópico abordado en el presente asunto no es ajeno a la Corporación, en donde, en un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares, la Subsección A, Sección Segunda, en Sentencia de 12 de marzo de 2009, C. P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero, radicado interno No. 6046-05, actor: José Ernesto Rey Cantor, arribó a conclusión similar, así: "Las normas transcritas (los artículos 10º, inciso 5º del Decreto Ley 3135 de 1968; 20, literal b) y 21 del Decreto 1045 de 1978; y, 47, literal b) del Decreto 1648 de 1969), son claras en disponer que cuando el empleado se retire en forma definitiva del servicio sin haber disfrutado de las correspondientes vacaciones, estas deben compensársele en dinero. No obstante el artículo 21 del Decreto 1045 condiciona este derecho a que al término de la relación laboral le faltaren treinta días o menos para cumplir el año de servicio. El citado precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-897 del 7 de octubre de 2003, en el entendido de que la fracción de tiempo exigida por la norma se da a favor del servidor público cuando cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiera alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido, en caso contrario, es decir cuando ha acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos por la ley, el segundo período le será reconocido en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 21 / DECRETO 404 DE 2006

NOTA DE RELATORIA: Se citan sentencias del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 1848, MP. Enrique José Arboleda Perdomo; de la Sección Segunda, Exp. 6046-05 MP. Luis Rafael Vergara Quintero y de la Corte Constitucional C-897 de 2003.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-05995-01(0594-05)

Actor: HERIBERTO REYES VARGAS

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 25 de marzo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Heriberto Reyes Vargas contra la Nación, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

LA DEMANDA

HERIBERTO REYES VARGAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio No. S.P.S. 1015 de 18 de diciembre de 2001, suscrito por la Directora Ejecutiva Seccional del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Bogotá D.C., Cundinamarca, por el cual se le negó el reconocimiento y pago de las vacaciones proporcionales a que tiene derecho, por el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2001.
- Resolución No. 0018 de 17 de enero de 2002, suscrita por la Directora Ejecutiva Seccional, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Bogotá D.C., Cundinamarca, que resolvió el recurso de reposición y concedió el de apelación.
- Resolución No. 1414 de 21 de febrero de 2002, suscrita por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes el Oficio No. S.P.S. 1015 de 18 de diciembre de 2001.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la accionada a:

- Reconocerle y pagarle las vacaciones proporcionales con su correspondiente prima, en cuantía de cinco millones seiscientos cincuenta mil pesos (\$5.650.000).
- Pagarle la suma adeudada, incluyendo los ajustes de valor pertinentes, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo establece el artículo 178 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Prestó sus servicios al Tribunal Administrativo de Cundinamarca hasta el 31 de octubre de 2001, fecha en la cual renunció al cargo de Magistrado.

Durante el período comprendido entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001 no disfrutó de vacaciones.

El 6 de noviembre de 2001 solicitó el reconocimiento y pago de vacaciones, prima de navidad y cesantías proporcionales al tiempo de servicio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2001.

Por Oficio No. 1015 de 18 de diciembre de 2001, proferido por la Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá - Cundinamarca, se le negó el reconocimiento y pago de las vacaciones proporcionales y, además, se le informó que el auxilio de cesantía definitivo y la prima proporcional de navidad se le habían reconocido mediante las Resoluciones Nos. 9057 y 9133 de 7 de diciembre de 2001, respectivamente.

El 31 de diciembre de 2001 interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión.

Por Resolución No. 0018 de 17 de enero de 2002, la Dirección Ejecutiva Seccional Judicial Bogotá, Cundinamarca, al resolver el recurso de reposición, confirmó el Oficio No. S.P.S. 1015 de 18 de diciembre de 2001 y concedió el recurso de apelación.

A través de la Resolución No. 1414 de 21 de febrero de 2002, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial decidió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes el oficio recurrido.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACION

De la Constitución Política, los artículos 13 y 53.

De la Ley 153 de 1987 (sic, debió decir 1887), el artículo 8.

Del Decreto 1045 de 1978, el artículo 2.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 8.

Del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 189, numeral 2.

Del Decreto 542 de 1977, el artículo 9, inciso 5.

Del Decreto 717 de 1978, el artículo 31, inciso 5.

Del Decreto 1660 de 1978, el artículo 109, inciso 2.

Con la expedición de los actos demandados la parte accionada:

- Vulneró el artículo 2º del Decreto No. 1045 de 1978, en la medida en que le negó el reconocimiento y pago de sus vacaciones proporcionales con fundamento en el artículo 21 ibídem, cuando el mencionado artículo 2 estableció las entidades a las cuales se aplican las previsiones del Decreto 1045 de 1978 entre las cuales no se encuentran las de la Rama Judicial.
- Quebrantó el artículo 8º del Decreto No. 3135 de 1968, en la medida que consagra que las vacaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional se rigen por normas especiales, entre ellas por los Decretos Nos. 546 de 1971, 1660 de 1978 y 052 de 1987.
- Violó los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, 8º de la Ley 153 de 1887 y 189, numeral 2º del C.S. del T., en la medida en que, ante la inexistencia de norma específica que regulara el pago proporcional de vacaciones en el régimen de la Rama Judicial, debió aplicar, por analogía y en virtud del principio de favorabilidad, el artículo 189, numeral 2º del C.S del T.
- Lesionó los artículos 9º, inciso 5º del Decreto No. 542 de 1977; 31, inciso 5º del Decreto 717 de 1978; y, 109, inciso 2º del Decreto 1660 de 1978, en cuanto de la interpretación correcta de estas normas se deduce el derecho al pago proporcional de la prima de vacaciones, la cual es accesoria a las vacaciones; razón por la cual si se permite el pago proporcional de la prima

de vacaciones igual suerte deben seguir las vacaciones. Agregó: *“Finalmente estos Decretos no ha (sic) sido subrogados por el Decreto 1045 de 1978 por ser normas especiales de la rama judicial y el ministerio público como ya se expresó en los cargos 1º y 2º, ni tampoco se remiten al Decreto 045. Es decir, que tales normas se encuentran vigentes y el pago de vacaciones debe correr la misma suerte de la prima de vacaciones por aplicación directa de estos decretos, toda vez que la prima es accesoria al pago de las vacaciones y lo accesorio accede a lo principal.”*

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 85 a 103):

Interpretando el inciso 4º del artículo 109 del Decreto No. 1660 de 1978, se infiere que acepta, en primer término, el pago en dinero de las vacaciones, aunque expresamente no se diga en qué circunstancias ello es viable y, en segundo lugar, que la prima vacacional se pierde cuando las vacaciones se paguen en dinero, excepto cuando el retiro obedezca a causas distintas a la destitución y al abandono del cargo.

Atendiendo al anterior razonamiento el actor tiene derecho a que se le reconozca la prima de vacaciones, en razón de una doceava parte de su valor por cada mes completo de servicio, ya que su retiro obedeció a causas diferentes de las mencionadas.

En relación con las vacaciones aunque la citada norma permite, en ciertos eventos, que el pago de las mismas se realice en dinero, no determina bajo cuáles circunstancias procede dicho pago. En consecuencia, queda claro que no existe reglamentación al respecto.

La Administración le negó el derecho al actor fundamentándose en el Decreto No. 1045 de 1978, artículo 21, norma que no resultaba aplicable al caso en controversia, debido a que, en el mismo Decreto se hallaba otra que aplicaba con más exactitud a la situación fáctica expuesta por el interesado, el artículo 20 *ibídem*, que se refiere a la compensación de las vacaciones en dinero cuando el

empleado público o trabajador oficial es retirado del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Como el demandante no adujo como vulnerada la norma mencionada sino que trajo a colación el artículo 189 del C. S. del T., el *a quo* dio aplicación al artículo 228 de la Constitución para hacer efectivos los derechos de carácter laboral del peticionario, teniendo en cuenta, además, que el Estado Social de Derecho expone dentro de sus postulados el derecho al trabajo como un valor fundante de la sociedad, lo que lleva a considerar que el principio de la justicia rogada no opera en el caso objeto de estudio.

Las consideraciones anotadas lo llevaron a aplicar el principio *iura novit curia*, pues a partir de los supuestos de hecho, la solución que se ofrece al caso es la prevista en la Ley sustancial, con lo que se hace efectiva la justicia material frente a aspectos meramente formales.

La jurisprudencia ha sostenido que la aplicación analógica de la Ley a situaciones no contempladas en ella se fundamenta en el principio de igualdad, base, a su vez, de la justicia.

Así las cosas, en criterio del Tribunal, al actor se le puede aplicar, por analogía, el artículo 189 del C.S.T., atendiendo a que esta norma regula idéntica situación fáctica a la planteada por el demandante y, por ende, se le deberán pagar las vacaciones proporcionalmente al tiempo laborado.

En consecuencia, anuló los actos acusados y accedió a las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

La entidad demandada interpuso recurso de apelación, aduciendo lo siguiente (Fls. 105 a 108):

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-659 de 8 de junio de 2000, declaró inexecutable el artículo 3 de la Ley 54 de 1983, por lo cual el artículo 109 del Decreto 1660 de 1978 recobró su vigencia.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2° ibídem, el reconocimiento proporcional de la prima de vacaciones está referido únicamente a los servidores de la Rama Judicial con régimen de vacaciones colectivas que a la fecha de iniciar el disfrute no hayan laborado el año completo de servicio, esto quiere decir, que para tener derecho al mencionado pago proporcional el funcionario o empleado debe estar vinculado al 20 de diciembre a un despacho de vacaciones colectivas, situación que no ocurrió, toda vez que el señor Heriberto Reyes Vargas se retiró el 31 de octubre de 2001.

En la documentación del accionante aparece demostrado que se vinculó el 1º de septiembre de 1990 y a partir del 20 de diciembre del mismo año disfrutó de vacaciones colectivas, las cuales fueron pagadas oportunamente con su respectiva prima vacacional, sin tener derecho a ellas, porque solamente tenía dos meses y 20 días de servicio. Esto significa que el señor Reyes Vargas no tenía el requisito de tiempo para el pago de vacaciones en el año 1990 y, sin embargo, como pertenecía al régimen de vacaciones colectivas la Rama se las pagó y las disfrutó anticipadamente porque realmente tenía derecho a las vacaciones a partir del 31 de agosto de 1991.

Para el 20 de diciembre de 1991 nuevamente se le concedieron y pagaron vacaciones colectivas, correspondientes a período anticipado, y así sucesivamente cada año disfrutaba de vacaciones y se le pagaban sin tener el tiempo para ello.

No hay lugar a la compensación en dinero de las vacaciones solicitadas ni de la prima de vacaciones, ya que, al momento del retiro, a pesar de cumplir con el requisito exigido en el artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, ya las había disfrutado el accionante de forma anticipada, tal como se explicó.

CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emitió el concepto de rigor que obra de folios 132 a 141:

El Tribunal no debió darle aplicación oficiosamente al artículo 20 del Decreto 1045 de 1978, olvidó la institución de la justicia rogada que distingue a la jurisdicción

contencioso administrativa y pasó por alto que el accionante es un ex magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es decir, un perito en la materia.

No es de recibo su argumentación en cuanto a la aplicación de principios constitucionales solamente para favorecer la causa, cuando la materia debatida tiene regulación legal, así sea impropia o por reenvío. El postulado “iura novit curia”, creado por el juzgador de primera instancia, se encuentra reconocido más respecto de las acciones de reparación directa y contractual.

La aplicación oficiosa de dicho principio, infringió de forma grave la consonancia de la Sentencia, debido a que se alteraron las normas violadas citadas por el demandante.

Rechazó la última posición del *a quo*, en cuanto aplicó normas de derecho laboral privado para que pudieran prosperar las declaraciones y la condena resarcitoria de un ex empleado público judicial.

Solicitó revocar la sentencia recurrida y denegar las súplicas de la demanda, por cuanto los actos administrativos censurados se dictaron atendiendo las preceptivas legales en que debían fundarse.

Como no se evidencia causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si el actor, en su condición de empleado de la rama judicial, tiene derecho al reconocimiento y pago en dinero de las vacaciones proporcionales al tiempo laborado entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001, por haber operado el retiro del servicio.

Actos demandados:

- Oficio No. S.P.S. 1015 de 18 de diciembre de 2001, suscrito por la Directora Ejecutiva Seccional del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Bogotá D.C., mediante el

cual informó al peticionario que a través de las Resoluciones Nos. 9057 de 22 de noviembre y 9133 de 7 de diciembre de 2001, se le había reconocido y ordenado el pago de cesantías definitivas y las doceavas de la prima de navidad, y que las mismas le fueron notificadas personalmente el 14 de diciembre de 2001. Respecto al reconocimiento de las vacaciones proporcionales, no se efectuó ningún pago, por no asistirle el derecho reclamado, en razón a que la Ley no permite el pago proporcional de vacaciones.

- Resoluciones Nos. 0018 de 17 de enero de 2002, suscrita por la Directora Ejecutiva Seccional, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Bogotá D.C., que resolvió el recurso de reposición, confirmando la anterior; y la 1414 de 21 de febrero de 2002, suscrita por el Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que al resolver el recurso de apelación confirmó en todas y cada una de sus partes el Oficio S.P.S. No. 1015 de 18 de diciembre de 2001.

Cuestión previa:

Previamente a definir el problema jurídico por resolver, la Sala debe determinar si es posible decidir de fondo sobre el reconocimiento y pago proporcional de la prima de vacaciones por el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2001. Para el efecto, se realiza el siguiente recuento:

Mediante derecho de petición de 6 de noviembre de 2001, cuya copia obra a folio 14, el señor Reyes Vargas le solicitó al Jefe de Prestaciones Sociales, Director Seccional de Administración Judicial Bogotá y Cundinamarca, el pago de *“vacaciones, prima de Navidad y cesantías proporcionales a 10 meses correspondiente del 01 de Enero al 31 de Octubre del presente año, como magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (...)”*.

La Directora Ejecutiva Seccional mediante el Oficio S.P.S. No. 1015 de 18 de diciembre de 2001, le negó el derecho al pago proporcional de vacaciones, y

refirió que la prima de vacaciones sí se había reconocido a través de acto administrativo.

Contra la anterior decisión el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en donde cuestionó el no reconocimiento del pago proporcional de vacaciones, sin aducir argumento frente a lo que, por fuera del *petitum* inicial, la Administración le informó sobre su pago proporcional por prima de vacaciones. Al respecto, puntualizó el señor Reyes Vargas (Fls. 15 a 20):

“En consideración a lo expuesto, atentamente solicito revocar la decisión expresada en el oficio de la referencia y en su lugar reconocer y compensar en dinero las vacaciones proporcionalmente a los 10 meses completos de servicio, por acreditar más de seis meses laborados tal y como lo establece el artículo 189, numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo: salvo que su despacho se atenga a la contabilización de los treinta días faltantes utilizando la tesis planteada por el suscrito, con el fin de que se me reconozcan y compensen en dinero las vacaciones como si hubiera trabajado el año completo, en aplicación del artículo 21 del Decreto 1045 de 1978.”

En atención a lo anterior, puede concluirse que el actor no reclamó inicialmente el reconocimiento de la prima de vacaciones y luego, a pesar de que la Administración en el Oficio S.P.S. No. 1015 de 18 de diciembre de 2001 la refirió, no adujo argumento a favor de su reconocimiento mediante el escrito con el que agotó vía gubernativa¹.

En las anteriores condiciones, entonces, se incumplió con lo previsto en el artículo 135 del C.C.A., y como la demanda tiene por límite las pretensiones, - *las cuales se deben resolver, acordes con la petición en vía gubernativa y la actuación acusada* -, es evidente que al no haber sido reclamado en vía gubernativa el reconocimiento y pago de la prima de vacaciones se impone revocar la sentencia en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de dicha prestación, para, en su lugar, declarar, de oficio², la excepción de falta de agotamiento de vía gubernativa y, en consecuencia, la inhibición para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto.

Esta conclusión es inmodificable, además, si se tiene en cuenta que las

¹ Al respecto es de resaltar que en el escrito de agotamiento de vía gubernativa el actor acude a una norma que establece el pago proporcional de la prima de vacaciones para sustentar el hecho de que normativamente dentro del régimen especial no hay norma que regule el pago proporcional de vacaciones.

² De conformidad con lo establecido en el inciso 4 del artículo 164 del C.C.A.

vacaciones son un reconocimiento al derecho al descanso independiente del derecho a percibir la prestación *prima de vacaciones*; razón por la cual, de la reclamación de la primera no puede inferirse la segunda. Finalmente el hecho de que la Administración en los actos demandados haya excedido la petición del actor, refiriéndose, se reitera, en algunas oportunidades a la prima de vacaciones y en otras incluso a la prima de servicios, no subsana la omisión cometida por el actor en sus reclamaciones.

Efectuada la anterior aclaración, procede la Sala al estudio del marco normativo que regula el tema de las vacaciones, en relación con los empleados de la rama judicial, para así determinar, si respecto de las mismas, es viable el reconocimiento proporcional cuando no se labora el año completo por retiro del servicio.

I) Del marco normativo aplicable a las vacaciones en la rama judicial.

La Ley 270 de 1996, *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*, reguló en el Título VI, Capítulo I, algunos aspectos básicos sobre las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, como son, entre otros, el régimen colectivo e individual de vacaciones, así:

“Artículo 146 Vacaciones. Las vacaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial serán colectivas, salvo las de los de la Sala Administrativa de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, las de los del Tribunal Nacional, las de los Juzgados Regionales mientras existan, de Menores, Promiscuos de Familia, Penales Municipales y de ejecución de Penas; y las de los de la Fiscalía y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Las vacaciones individuales serán concedidas de acuerdo con las necesidades del servicio por la Sala Administrativa del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura por la Sala de Gobierno del respectivo Tribunal a los Jueces y por el respectivo nominador en los demás casos, por un término de veintidós días continuos por cada año de servicio.

El artículo 204 *ibídem*, consagró:

“Art. 204. Normas sobre Carrera Judicial. Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la Carrera Judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto - ley 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley.”

Por su parte, el Decreto No. 1660 de 1978, “*Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal*”, dispuso en sus artículos 107 y 108 que:

Art. 107. Para efectos legales, los días de vacancia en la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público y las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal, son los siguientes:

a)...

b) Los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el diez (10) de enero siguiente, inclusive, lapso en el cual los funcionarios y empleados, con las excepciones que se indican en el artículo siguiente, disfrutarán colectivamente de las vacaciones anuales.

Art. 108. Las vacaciones serán siempre individuales y por turnos para los funcionarios y empleados que se relacionan a continuación:

1.- Los de los Juzgados de Instrucción Criminal, Juzgados de Instrucción Penal Aduanera, Juzgados Penales y Promiscuos de Menores y Juzgados Municipales Penales y Promiscuos.

2.- Los de las Direcciones Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal.

3.- Los de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, según determinación del Procurador General de la Nación.

Para los funcionarios y empleados a que se refiere el presente artículo, los respectivos nominadores señalarán, dentro del año siguiente a su causación, la fecha en que comenzarán a ser disfrutadas las vacaciones.

Estas vacaciones serán de veintidós días continuos por cada año de servicio, salvo para los funcionarios y empleados a que se refiere el literal a) del artículo precedente, que serán de veinticinco días (...)³.

A su vez, el Decreto No. 546 de 1971 “*por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares*”, estableció en su artículo 4^o que durante la vacancia judicial se recibiría la asignación completa correspondiente al cargo desempeñado y agregó, en el artículo 32 que:

“En cuanto no se opongan al texto y finalidad del presente Decreto, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 serán aplicables a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público.”

³ La lista de funcionarios y empleados a que se refiere la norma anterior debe entenderse en correspondencia con las denominaciones que se les dio al ser incorporados a las nuevas instituciones creadas en la Constitución Política o a la reestructuración que han tenido por ley algunos de los despachos allí descritos.

De la normatividad citada se infiere que: (I) El régimen de vacaciones de la Rama Judicial es especial, tiene su regulación propia⁴, y (II) No todas las situaciones posibles, como el pago proporcional de vacaciones cuando se presenta retiro del servicio sin llegar al 20 de diciembre del respectivo año, fue regulado expresamente por el mismo.

A pesar de lo anterior, el Régimen de vacaciones de la Rama Judicial: (a) regula aspectos que permitirían, bajo una interpretación armónica del mismo, inferir la viabilidad del pago proporcional de vacaciones y (b) tiene una cláusula de remisión al régimen general prestacional de los empleados públicos, dentro del cual sí se regula el aspecto en debate.

En cuanto al primer tópico, esto es, a la regulación de aspectos similares, dispone el artículo 109 del Decreto No. 1660 de 1978 el pago proporcional de la prima de vacaciones en los siguientes términos:

“Los funcionarios y empleados tendrán derecho por las vacaciones anuales causadas o que se causen a partir del 1º de abril de 1977, a una prima anual equivalente a quince (15) días de sueldo, que se pagará en la semana anterior al inicio de su disfrute.

Cuando las vacaciones fueren colectivas y el funcionario o empleado no haya servido el año completo tendrá derecho al reconocimiento de la prima de vacaciones, a razón de una

⁴ Al respecto, esta Corporación en sentencia de la Sección Segunda, de 4 de marzo de 1998, C. P. doctora Dolly Pedraza de Arenas, radicado interno No. 15872, sostuvo: “Según mandato del artículo 150-23 de la Carta Política, es el legislador quien tiene la competencia para prescribir las normas que regulen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; por ello, hasta tanto no se expida la ley ordinaria que regule el régimen de las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continúan vigentes, en lo pertinente, el Decreto 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, como bien lo señaló el artículo 204 de la citada Ley 270 de 1976.

(...)

Ahora bien, las anteriores disposiciones permiten inferir lo siguiente:

- 1.- Que el régimen de vacaciones en la rama judicial es colectivo, salvo para los funcionarios y empleados enlistados en el artículo 146 de la ley 270 de 1996, algunos de los cuales, con las antiguas denominaciones, se encuentran relacionados en el artículo 108 del decreto 1660 de 1978.
- 2.- Que los días de vacancia judicial son los señalados en el literal a) del artículo 107 del decreto 1660 de 1978, salvo para los empleados y funcionarios allí relacionados, para quienes los días lunes a miércoles de la semana santa no son de vacancia.
- 3.- Que las vacaciones colectivas corren del 20 de diciembre de cada año hasta el 10 de enero siguiente, inclusive.
- 4.- Que el término de vacaciones individuales para los funcionarios y empleados de la rama judicial es de 22 días.
- 5.-...

A la anterior conclusión llega la Sala, porque el artículo 146 de la citada ley 270 debe interpretarse en armonía con las preceptivas del decreto 1660 de 1978 y lo que marca la diferencia para disfrutar de 22 días de vacaciones o 25, es el hecho de gozar de la vacancia judicial de semana santa. (...)

doceava (1/12) parte de su valor por cada mes completo de servicio. (...)

Si por cualquier circunstancia se autoriza el pago de vacaciones en dinero, se perderá el derecho a la prima. Sin embargo, cuando el empleado o funcionario se retire del servicio sin haber disfrutado de vacaciones, tendrá derecho al pago de la prima, salvo cuando el retiro haya sido por destitución o por abandono del cargo (...)” Negrilla fuera de texto.

Frente al segundo aspecto, esto es, que el régimen especial regula aspectos que dentro de una interpretación armónica del mismo, considera viable el pago proporcional de vacaciones y, además, remite en caso de vacío a las normas generales aplicables a los empleados públicos, esto es, a los Decretos Nos. 3135 de 1968, 1045 de 1978 y concordantes.

Disponen los artículos 8º y 10º del Decreto No. 3135 de 1968 “*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”, que:

Artículo 8º.- Vacaciones. Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos.

Las vacaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y del ramo docente se rigen por normas especiales⁵.

Artículo 10º.- Sólo se podrán acumular vacaciones hasta por dos (2) años, por necesidades del servicio y mediante resolución motivada. (...)

Cuando un empleado público o trabajador oficial quede retirado del servicio sin haber hecho uso de vacaciones causadas, tiene derecho al pago de ellas en dinero, y se tendrá como base de la compensación el último sueldo devengado. Tal reconocimiento no implica continuidad en el servicio.”.

Posteriormente, el Decreto No. 1045 de 1978, “*por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los*

⁵ Esta exclusión debe ser entendida en la medida en que en el Régimen Especial de la Rama Judicial exista norma aplicable al caso pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 546 de 1971, el régimen general es aplicable subsidiariamente.

*empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*⁶, reguló el pago proporcional de vacaciones por retiro del servicio, en los siguientes términos:

ARTICULO 20. DE LA COMPENSACION DE VACACIONES EN DINERO. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a. (...);

b. Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.”.

Por su parte, el artículo 21 del citado decreto, dispone:

ARTICULO 21. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES NO CAUSADAS EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO. Cuando una persona cese en sus funciones faltándole treinta días o menos para cumplir un año de servicio, tendrá derecho a que se le reconozcan y compensen en dinero las correspondientes vacaciones como si hubiera trabajado un año completo”.

Esta última disposición fue declarada condicionalmente exequible, mediante la sentencia C-897 de 7 de octubre de 2003, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, en los siguientes términos:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 21 del Decreto - ley 1045 de 1978, en el entendido que la fracción de tiempo que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, es decir, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado.”.*

Tuvo como argumentos fundamentales la Corte para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, los siguientes:

El citado artículo se refiere al reconocimiento de las vacaciones **no causadas** en caso de retiro del servicio, y establece que el servidor público que cese en el ejercicio de sus funciones **faltándole treinta días o menos para completar el año de servicio**, tendrá derecho al reconocimiento pleno de sus vacaciones como si hubiere laborado un año completo. Es decir, si el servidor público no alcanza el

⁶ El artículo 4º ibídem dispuso que “Las disposiciones del decreto-ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores oficiales. No produce efecto alguno cualquier estipulación, que afecte o desconozca este mínimo, de derechos y garantías.”.

año de servicios para tener derecho a quince días de vacaciones como lo exige el artículo 8º del Decreto No. 3135 de 1968, la ley le concede un "término de gracia de un mes"⁴, para que le sean compensadas en dinero sus vacaciones en forma completa. Quiere ello decir que el empleado que trabaje once meses tiene derecho al pago total de las vacaciones como si hubiera laborado un año completo.

Así las cosas, el artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, no contraría el ordenamiento superior, en el entendido que la fracción de tiempo que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, bajo la otra hipótesis planteada, esto es, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado. Sólo en esos términos la norma acusada resulta ajustada a la Constitución Política.

No podría darse una interpretación diferente, pues ello conllevaría a desconocer postulados de orden Constitucional tales como, el derecho fundamental al trabajo, y a la igualdad en materia laboral, contenida en el artículo 53, el cual establece la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; y el derecho al descanso necesario. Siendo ello así, los trabajadores o servidores públicos, independientemente del régimen laboral que les sea aplicado, gozan de plenas garantías constitucionales, así como de la especial protección del Estado, sin que pueda el legislador restringir los principios constitucionales fundamentales del derecho al trabajo.

La legislación laboral consagra el derecho a las vacaciones de todos los trabajadores, sin excepción alguna, independientemente del sector al cuál presten sus servicios, es así como, el Decreto 3135 de 1968, en el artículo 8, dispone que los empleados públicos o trabajadores oficiales, tendrán derecho a quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicio. Se tiene entonces que salvo las excepciones que consagre la ley, respecto de trabajadores que laboren en actividades insalubres o peligrosas, la regla general es un período de quince días

hábiles de vacaciones, sin que ellas puedan ser compensadas en dinero, pues su finalidad, como se señaló, es que el trabajador recupere sus energías y proteja su salud física y mental, lo que facilitará la ejecución de su labor con más eficiencia, así como la realización de otras actividades que le permitan su desarrollo integral como ser humano.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el no reconocer el pago proporcional de las vacaciones no disfrutadas por retiro del servicio, sin cumplir el año completo, podría afectar el goce de derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores o servidores públicos, adicionalmente, desconocería el Convenio 132 proferido por la Organización Internacional del Trabajo aprobado en Ginebra, Suiza, el 24 de junio de 1970, que dispone en el artículo 4° numeral 1, que toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones, tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año.

Es pertinente aclarar que la cita normativa relacionada con el artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978, se efectúa, teniendo en cuenta que es aplicable al caso concreto, *en virtud de la fecha de desvinculación del accionante (año 2001)*, pues mediante la Ley 995 de 2005 se derogó expresamente, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

Artículo 2°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su sanción y deroga las normas que le sean contrarias, en especial el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978 y el numeral 2 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 27 de la Ley 789 de 2002.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde a la Sala determinar si resulta razonable y proporcionado que se exija a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, el cumplimiento de un período laboral para tener derecho a la compensación en dinero de las vacaciones, cuando no pueden disfrutar del descanso remunerado por el cese en el ejercicio de sus funciones, teniendo en

cuenta que se trata de un derecho que se adquiere por el simple transcurso del tiempo laborado.

(II) Del caso concreto:

Descendiendo al caso concreto, se evidencia que la Administración Judicial le negó al accionante el pago proporcional de vacaciones por el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2001 y el 31 de octubre del mismo año, por considerar que al no haber laborado durante 11 meses en el último año no acreditaba los requisitos exigidos por el artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978 para acceder a dicho beneficio.

Al respecto es oportuno resaltar, en primera instancia, que la entidad dio aplicación a las normas generales que cobijan a los empleados públicos, atendiendo, en principio, a lo considerado en el acápite anterior. Sin embargo, su interpretación no fue ajustada a derecho por cuanto:

(a) El artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978 consagra un beneficio a favor de las personas que se retiran del servicio, sin causar el derecho anual a vacaciones, faltándoles menos de 30 días para completar un año laborado. Dicho beneficio se traduce en la posibilidad de que su compensación en dinero se liquide como si hubiera laborado durante los últimos 12 meses.

(b) La citada prerrogativa, sin embargo, no puede ser el soporte para desconocer el derecho al descanso, o a la compensación en dinero, de servidores que a pesar de no haber laborado 11 meses sí lo hicieron durante una fracción del año. Esto es así, en razón a la especial protección de la que goza el trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, dentro del cual ocupa especial atención el derecho al descanso. Al respecto, el artículo 53 de la Constitución Política dispone:

*“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
(...) garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; (...)”*

Esta interpretación de la norma fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-897 de 2003, anteriormente referida, en los siguientes términos:

“El mismo razonamiento acabado de exponer en relación con el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, resultaría aplicable para justificar la inconstitucionalidad de la expresión acusada del artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, si de la lectura de la norma resulta que el servidor público sin haber disfrutado de las vacaciones causadas, acumula las vacaciones, pero cesa en el ejercicio de sus funciones sin haber laborado once meses del año correspondiente al segundo período, pues sólo tendría derecho al pago de quince días de salario por el primer año, pero el otro período de tiempo laborado lo perdería por no alcanzar los once meses aludidos, evento en el cual la norma resulta absolutamente desproporcionada y violatoria de los derechos de los empleados públicos o trabajadores oficiales.

*Con todo, a juicio de la Corte, la norma acusada admite otra interpretación que se ajusta a los postulados que orientan la Constitución Política. En efecto, el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, se refiere al reconocimiento de las vacaciones **no causadas** en caso de retiro del servicio, y establece que el servidor público que cese en el ejercicio de sus funciones **faltándole treinta días o menos para completar el año de servicio**, tendrá derecho al reconocimiento pleno de sus vacaciones como si hubiere laborado un año completo. Es decir, si el servidor público no alcanza el año de servicios para tener derecho a quince días de vacaciones como lo exige el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, la ley le concede un “término de gracia de un mes”, para que le sean compensadas en dinero sus vacaciones en forma completa. Quiere ello decir que el empleado que trabaje once meses tiene derecho al pago total de las vacaciones como si hubiera laborado un año completo.*

Así las cosas, el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, no contraría el ordenamiento superior, en el entendido que la fracción de tiempo que exige la norma, se da a favor del servidor público para el caso del cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiere alcanzado a causar las vacaciones por año cumplido. En caso contrario, bajo la otra hipótesis planteada, esto es, cuando el empleado haya acumulado períodos de vacaciones en los términos permitidos en la ley, el segundo período le será reconocido proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado. Sólo en esos términos la norma acusada resulta ajustada a la Constitución Política.”.

Esta comprensión del derecho al descanso, o al pago compensado en caso de retiro sin haber cumplido un año de servicios, fue objeto de regulación más recientemente por la Ley 995 de 2005, cuya aplicación no es pertinente en este asunto, como ya se explicó en consideraciones precedentes, pero que sirve de argumento para analizar el verdadero significado del derecho a las vacaciones.

Al respecto, en la exposición de motivos de la citada Ley, por la cual, se reitera, se derogó expresamente el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978 entre otras disposiciones, se expresó:

*"Objetivo del proyecto. El proyecto tiene como propósito reconocer a los empleados y trabajadores de la Administración Pública y del sector privado, el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones, en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, sin haber alcanzado a causarlas por año cumplido. (...)
Es por lo anterior, y aplicando lo consagrado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-897 de 2003, C-019 de 2004 y C-035 de 2005, y en aras del principio de igualdad del artículo 13, que el derecho a la compensación en dinero de las vacaciones que no se han disfrutado, por motivo ya sea de terminación del contrato en el caso de los trabajadores del sector privado, o de terminación del vínculo laboral, en el sector público, ya que siendo el Estado el mayor empleador del país, debe dar aplicación a las disposiciones constitucionales y sus desarrollos normativos a la hora de buscar el bienestar general de los servidores públicos, así como lo dispone el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 para los trabajadores del sector privado, compensando en dinero las vacaciones de sus servidores públicos, proporcionalmente al tiempo de servicios prestados sin el condicionamiento temporal de 11 meses que consagra el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978. Es así, que el texto propuesto recoge las justificaciones y los fundamentos constitucionales y jurídicos aplicables de manera extensiva a los servidores públicos sobre una prestación que permite solventar el no disfrute de las vacaciones por motivos de terminación del contrato en trabajadores oficiales y cesación de actividades de empleados públicos"*⁷

Una vez más, con la expedición de esta disposición, queda claro que al constituir las vacaciones un derecho que se adquiere por el simple transcurso del tiempo laborado, no resulta razonable ni proporcional que se desconozca un período de tiempo efectivamente trabajado bajo el argumento de que las normas expresamente no prevén dicho pago, pues, se reitera, de una comprensión ajustada a la Constitución del artículo 21 del Decreto No. 1045 de 1978 ello es evidente.

Así, en el caso particular del actor se tiene que habiendo causado su derecho al descanso remunerado por haber laborado hasta el 31 de octubre de 2001, fecha de su retiro, sin que hubiera disfrutado las vacaciones causadas por tratarse de un funcionario de la Rama Judicial cobijado por el régimen de vacaciones colectivas, es viable el reconocimiento incoado.

Igual beneficio se estableció en el Decreto No. 404 de 2006 para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden

⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación No. 1.848, Referencia: Viabilidad de acumular tiempo de servicio entre entidades públicas para pago de vacaciones. Pago compensado proporcional. Aplicación del artículo 10 del decreto 1045 de 1978 y de la ley 995 de 2005.

nacional y territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor⁸.

Estas consideraciones son suficientes para concluir que al accionante le asiste el derecho a compensar en dinero, proporcionalmente, las vacaciones causadas durante el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2001 y el 31 de octubre del mismo año.

Ahora bien, el t3pico abordado en el presente asunto no es ajeno a la Corporaci3n, en donde, en un asunto con contornos f3cticos y jur3dicos similares, la Subsecci3n A, Secci3n Segunda, en Sentencia de 12 de marzo de 2009, C. P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero, radicado interno No. 6046-05, actor: Jos3 Ernesto Rey Cantor, arrib3 a conclusi3n similar, as3:

“Las normas transcritas (los art3culos 10^o, inciso 5^o del Decreto Ley 3135 de 1968; 20, literal b) y 21 del Decreto 1045 de 1978; y, 47, literal b) del Decreto 1648 de 1969), son claras en disponer que cuando el empleado se retire en forma definitiva del servicio sin haber disfrutado de las correspondientes vacaciones, estas deben compensarse en dinero. No obstante el art3culo 21 del Decreto 1045 condiciona este derecho a que al t3rmino de la relaci3n laboral le faltaren treinta d3as o menos para cumplir el a3o de servicio.

El citado precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-897 del 7 de octubre de 2003, en el entendido de que la fracci3n de tiempo exigida por la norma se da a favor del servidor p3blico cuando cese en el ejercicio de sus funciones sin que hubiera alcanzado a causar las vacaciones por a3o cumplido, en caso contrario, es decir cuando ha acumulado per3odos de vacaciones en los t3rminos permitidos por la ley, el segundo per3odo le ser3 reconocido en proporci3n al tiempo efectivamente trabajado.

(...)

De acuerdo con el pronunciamiento transcrito, queda claro que las vacaciones son un derecho que otorga la ley al empleado como un descanso que le permite recobrar su fuerza laboral, por tal raz3n est3 prohibida su compensaci3n en dinero, salvo las excepciones previstas en la ley, una de las cuales es el cese definitivo en el ejercicio de funciones sin haber disfrutado el respectivo per3odo.

No queda duda entonces de que no le asisti3 raz3n a la entidad al negarle al actor el pago de sus vacaciones en forma proporcional al 3ltimo per3odo causado, comprendido entre el 7 de febrero y el 11 de noviembre de 1998.

Significa lo anterior que la legalidad de los actos acusados qued3 desvirtuada y se impone en consecuencia ordenar el reconocimiento y

⁸ Es decir el reconocimiento en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado.

pago de la suma adeudada por concepto de vacaciones causadas, en forma proporcional al último período laborado.”. Paréntesis inicial fue agregado nuestro.

A pesar de la claridad de los anteriores razonamientos, si aún persistiera alguna duda sobre la viabilidad de reconocer dentro del régimen especial de la Rama Judicial la compensación en dinero del derecho a vacaciones, cuando solo se ha laborado una fracción del año, es pertinente resaltar cómo dentro del mismo régimen especial se consagró la posibilidad de pagar fraccionadamente el derecho a la prima de vacaciones, la cual se causa de forma dependiente al reconocimiento de vacaciones, sea en descanso remunerado o compensado en los casos especiales regulados por el legislador.

Por lo anterior, dentro del mismo régimen e independientemente de las normas que regulan este aspecto en el régimen general, en atención a la interpretación de las normas especiales a la luz de los parámetros constitucionales, se precisa efectuar el reconocimiento objeto de la presente acción.

Ahora bien, el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que al actor se le podía aplicar, por analogía, el artículo 189 del C.S.T., atendiendo a que esta norma regula idéntica situación fáctica a la planteada por el demandante, sin embargo, dicha consideración no es compartida por la Sala, pues, se reitera, dentro del régimen especial se hizo remisión expresa al régimen general aplicable a los empleados públicos, razón por la cual este último es el que debe adoptarse.

En relación con la aplicación analógica de las disposiciones del C.S.T, la Corte Constitucional, en sentencia C-598 de 1997, precisó:

“8- Por lo tanto, la Corte concluye que en principio la actora tiene razón en que la diferencia entre patrono público y privado no justifica en sí misma que se establezca una diversidad de trato en materia de compensación de vacaciones entre distintos trabajadores, pues el criterio relevante es el tiempo trabajado sin que el empleado haya gozado del descanso remunerado. Con todo, esta Corporación considera que el cargo del actor no está llamado a prosperar, por cuanto resulta imposible comparar prestaciones aisladas, como las vacaciones y su compensación, pues éstas hacen parte de un régimen prestacional general, que es parcialmente diferente entre servidores públicos y trabajadores privados. Ahora bien, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro, pero en otros puntos puede suceder lo contrario, por lo cual no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre

dos regímenes prestacionales, ya que la desventaja que se pueda constatar en un aspecto puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras dimensiones. Es más, incluso en relación con una misma prestación, es posible que uno de los regímenes sea al mismo tiempo más benéfico y más perjudicial para el trabajador que el otro régimen. Esto sucede precisamente en el presente caso, pues si bien la norma acusada es menos beneficiosa para los servidores públicos en ciertos aspectos,..”.

Debe precisarse adicionalmente que el hecho de que el actor haya considerado en su demanda que la parte accionada, con los actos demandados, vulneró el artículo 189 del C.S.T. y no los artículos 20 y 21 del Decreto No. 1045 de 1978, no impide que las pretensiones sean resueltas favorablemente con base en esta última normatividad.

Al respecto, aun cuando el demandante integró en su demanda las normas del C.S.T. y el *a quo* empleó las reglas propias del sistema salarial y prestacional del Sector Público, ello no puede entenderse como una aplicación estricta del principio de *iura novit curia*, tal como lo sugirió el Ministerio Público, sino como una aplicación del principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, sin vulneración alguna del derecho al debido proceso de la parte accionada.

La justicia rogada no puede convertirse en un obstáculo para la realización mínima de la justicia en las relaciones laborales sino que debe ser interpretada a la luz de la protección de los demás principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el presente asunto no sólo la entidad accionada tuvo la oportunidad de defenderse frente a las disposiciones del mencionado Decreto sino que el actor lo invocó al considerar que su situación era amparada por el mismo, sin embargo, que en atención al principio de favorabilidad, la disposición aplicable era la contenida en el artículo 189 del C.S.T.

Al no haberse vulnerado en el presente asunto ningún derecho procesal sustantivo de la parte accionada, no encuentra la Sala argumento alguno para no acceder a las pretensiones del señor Reyes Vargas bajo el amparo del Decreto No. 1045 de 1978.

Finalmente, frente al argumento expuesto por la entidad demandada relacionado con haber disfrutado el actor de las vacaciones colectivas, las cuales fueron oportunamente pagadas con su respectiva prima vacacional, sin tener derecho a ellas, en el año 1990, considera la Sala que ello carece de razón válida, pues

aceptar tal postura del Consejo Superior de la Judicatura, implicaría que con la suma pagada para ese entonces, esto es, el año 1990, referida al salario de aquella época, se estaría anticipando el pago del derecho a las vacaciones remuneradas que se llegaran a causar mucho tiempo después, esto es, al momento del retiro del servicio, con un salario que siempre será inferior al devengado al momento en que cese su labor.

Si el salario de aquella época era sensiblemente menor, las vacaciones pagadas entonces no pueden compensar las causadas en el año de retiro, en el que el demandante tenía un salario absolutamente superior, menos puede el Consejo Superior de la Judicatura intentar recuperar ahora lo que dice haber pagado indebidamente, sin reparar en la prescripción de sus derechos.

Ahora bien, también es evidente que al amparo de las normas de carácter laboral, así como del marco constitucional que inspira la aplicación e interpretación de todo nuestro ordenamiento jurídico, el régimen de vacaciones en la Rama Judicial es especial pues, por regla general, es colectivo, de lo cual se infiere el derecho de todos aquellos trabajadores vinculados a gozar cada fin de año del periodo de descanso previamente establecido por el legislador, independientemente de que, v. gr., haya ingresado en el mes de agosto un año determinado.

Dicho periodo de descanso, entonces, no puede ser desconocido por el empleador y, en el presente caso, discutido su pago proporcional cuando ello no fue objeto de demanda ni de las acciones pertinentes dentro de su oportunidad legal; razón por la cual, se reitera, no es viable efectuar ahora la pretendida compensación propuesta por la parte accionada.

DECISIÓN

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

FALLA

REVÓCASE parcialmente el numeral cuarto de la Sentencia de 25 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la prima vacacional

del período comprendido entre el 11 de enero al 31 de octubre de 2001. En su lugar,

DECLÁRASE, de oficio, la excepción de falta de agotamiento de vía gubernativa frente al reconocimiento y pago de la prima vacacional por el periodo comprendido entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001; en consecuencia, **INHÍBESE** la Sala de resolver de fondo sobre su reconocimiento y pago, conforme a lo expresado en esta providencia.

CONFÍRMASE la sentencia recurrida en cuanto declaró la nulidad de los actos demandados por los cuales la accionada le negó el reconocimiento de la compensación en dinero de las vacaciones causadas entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001; ordenó su pago y ajuste en los términos establecidos en el artículo 178 del C.C.A.; ordenó el cumplimiento de la sentencia según lo dispuesto en los artículos 176 y 177 ibídem, y negó la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE
SALVA VOTO**

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
SALVA VOTO**

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VACACIONES - Compensación en dinero: aplicación analógica de las disposiciones generales / COMPENSACION EN DINERO DE LAS VACACIONES DE LOS SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL - Opera en caso de retiro del servicio respecto de las causadas / VACACIONES COLECTIVAS - No hay compensación en dinero sino respecto de las no pagas anticipadamente

El Decreto 1660 de 1978, si bien deja entrever en la redacción del inciso cuarto del artículo 109 el derecho al pago de vacaciones en dinero, nada reglamenta al respecto. Frente a este vacío, debe acudirse a la normatividad general aplicable para empleados públicos contenida en el Decreto 1045 de 1978 “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”. En mi criterio, como igualmente lo consideró la Sala, en la solución al caso planteado debe acudirse a la regla de interpretación prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, relativa a la analogía, de modo que es posible, aplicar las disposiciones previstas en las normas generales que regulan la materia, por no oponerse a las previsiones del Decreto 546 de 1971, concretamente, en lo que respecta a la compensación en dinero de las vacaciones de los servidores de la rama judicial. De acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Decreto 1045 de 1978, la compensación de vacaciones en dinero operará en caso de retiro definitivo del servicio, sólo y respecto de aquellas que se hubieran causado y no disfrutado. Las vacaciones que por ley se causarían por el último año de servicios, si el funcionario estuviera sometido a un régimen de vacaciones individuales, se deben compensar en dinero a la finalización del vínculo, si no fueron disfrutadas. En cambio, si fueron disfrutadas anticipadamente bajo el régimen de vacaciones colectivas de la rama judicial, no hay lugar a la compensación en dinero, sino sólo, en forma proporcional a la fracción de tiempo laborado del nuevo año de servicios, de acuerdo con la situación particular del funcionario sometido a este régimen.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 150 NUMERAL 23 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 107 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 108 / DECRETO 546 DE 1971 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 109

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-05995-01(0594-05)

Actor: HERIBERTO REYES VARGAS

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL

Comedidamente procedo a exponer los argumentos por los cuales me aparto parcialmente de la decisión de la mayoría de la Sección en la sentencia de veintiocho (28) de abril de 2010, en cuanto confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en lo que respecta a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados por los cuales la administración judicial le negó al demandante el reconocimiento

de la compensación en dinero de las vacaciones causadas entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001, y ordenó su pago y ajuste en los términos establecidos en el artículo 178 del C.C.A.

El motivo de mi disenso se contrae a que considero, por las razones que a continuación expreso, que el actor no tenía derecho al reconocimiento y pago en dinero de las vacaciones proporcionales al tiempo laborado en la rama judicial, por el período comprendido entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001, en razón a que su régimen de vacaciones colectivas impedía efectuar dicho reconocimiento.

En primer término debo expresar que, tal como lo señala la sentencia de la cual respetuosamente me aparto, el derecho a las vacaciones en todos los regímenes vigentes en el país tiene rango constitucional, como quiera que el artículo 53 de la Constitución Política establece dentro de los principios laborales el derecho al descanso necesario.

No obstante, los diferentes regímenes laborales establecen las reglas del derecho a las vacaciones y contemplan el caso específico del pago de las vacaciones cuando se ha establecido, como es la regla general en la rama judicial del poder público, el derecho a disfrutar las vacaciones en forma colectiva.

La Ley 270 de 1996, "Estatutaria de la Administración de Justicia", reguló en el capítulo I, Título VI, algunos aspectos básicos sobre las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, como son, entre otros, los regímenes de vacaciones en la rama judicial, sin agotar la materia del derecho vacacional.

Según mandato del artículo 150, numeral 23, de la Carta Política, al legislador le compete proferir las normas que regulen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; por ello hasta tanto no se expida la ley ordinaria que regule el régimen de las situaciones administrativas de los funcionarios y empleados judiciales continúan vigentes, en lo pertinente, el Decreto 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, como lo señaló el artículo 204 de la citada Ley 270 de 1996.

El decreto 1660 de 1978, en sus artículos 107 y 108, dispone lo siguiente:

“ Art. 107. Para efectos legales, los días de vacancia en la rama jurisdiccional, el ministerio público y las direcciones seccionales de instrucción criminal, son los siguientes:

“(…)

*“ b) Los días comprendidos entre el 20 de diciembre de cada año y el diez (10) de enero siguiente, inclusive, lapso en el cual los funcionarios y empleados, con las excepciones que se indican en el artículo siguiente, **disfrutarán colectivamente de las vacaciones anuales**”.*

“ Art. 108. Las vacaciones serán siempre individuales y por turnos para los funcionarios y empleados que se relacionan a continuación:

“ 1.- Los de los juzgados de instrucción criminal, juzgados de instrucción penal aduanera, juzgados penales y promiscuos de menores y juzgados municipales penales y promiscuos.

“ 2.- Los de las direcciones nacional y seccionales de instrucción criminal.

“ 3.- Los de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, según determinación del procurador general de la nación.

“ Para los funcionarios y empleados a que se refiere el presente artículo, los respectivos nominadores señalarán, dentro del año siguiente a su causación, la fecha en que comenzarán a ser disfrutadas las vacaciones.

“ Estas vacaciones serán de veintidós días continuos por cada año de servicio, salvo para los funcionarios y empleados a que se refiere el literal a) del artículo precedente, que serán de veinticinco días.”...

El régimen de vacaciones en la rama judicial es colectivo, excepto para los funcionarios y empleados enlistados en el artículo 146 de la ley 270 de 1996, algunos de los cuales, con las antiguas denominaciones, se encuentran relacionados en el artículo 108 del decreto 1660 de 1978.

Los días de vacancia judicial son los señalados en el literal a) del artículo 107 del decreto 1660 de 1978, salvo para los empleados y funcionarios allí relacionados, para quienes los días lunes a miércoles de la semana santa no son de vacancia.

Las vacaciones colectivas corren del 20 de diciembre de cada año hasta el 10 de enero siguiente, inclusive.

El Decreto 546 de 1971 *“Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares”*, señala en el artículo 32, que en cuanto no se opongan al texto y finalidad del mismo, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 *“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*, serán aplicables a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público.

El Decreto 1660 de 1978, si bien deja entrever en la redacción del inciso cuarto del artículo 109 el derecho al pago de vacaciones en dinero, nada reglamenta al respecto. Frente a este vacío, debe acudirse a la normatividad general aplicable para empleados públicos contenida en el Decreto 1045 de 1978 *“por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”*.

En mi criterio, como igualmente lo consideró la Sala, en la solución al caso planteado debe acudirse a la regla de interpretación prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, relativa a la analogía, de modo que es posible, aplicar las disposiciones previstas en las normas generales que regulan la materia, por no oponerse a las previsiones del Decreto 546 de 1971, concretamente, en lo que respecta a la compensación en dinero de las vacaciones de los servidores de la rama judicial.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del Decreto 1045 de 1978, la compensación de vacaciones en dinero operará en caso de retiro definitivo del servicio, sólo y respecto de aquellas que se hubieran causado y no disfrutado. Las vacaciones que por ley se causarían por el último año de servicios, si el funcionario estuviera sometido a un régimen de vacaciones individuales, se deben compensar en dinero a la finalización del vínculo, si no fueron disfrutadas. En cambio, si fueron disfrutadas anticipadamente bajo el régimen de vacaciones colectivas de la rama judicial, no hay lugar a la compensación en dinero, sino sólo, en forma proporcional a la fracción de tiempo laborado del nuevo año de servicios, de acuerdo con la situación particular del funcionario sometido a este régimen.

El supuesto de hecho que origina el derecho al goce de las vacaciones para los empleados públicos, de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 3135 de 1968 es

haber laborado un año de servicios. Este supuesto se predica tanto para el disfrute de las vacaciones individuales, como de las colectivas. La verificación de dicho año corresponderá estudiar en cada caso en particular de acuerdo con la fecha de vinculación del servidor público a la respectiva entidad.

La jurisprudencia y la doctrina del derecho al trabajo han considerado tradicionalmente que si se dan vacaciones desde antes de que haya nacido la obligación de concederlas, como ocurre en la rama judicial frente a las distintas fechas de ingreso al servicio, donde de todas maneras hay vacaciones colectivas en diciembre y enero de cada año sin importar si se hubiera causado o no el derecho, no puede el trabajador pretender que se le otorgue un nuevo período de descanso, pues las vacaciones que va recibiendo en forma anticipada a la anualidad respectiva, constituyen el cumplimiento del deber del empleador de conceder anualmente las vacaciones.

No se trata, como lo señala la sentencia de la cual respetuosamente me aparto, de que esta tesis implica una retribución de unas vacaciones presuntamente adeudadas, con un pago salarial inferior al devengado al momento del retiro. Se trata simplemente de una postura que es equitativa con los derechos del funcionario que cada año, desde el inicio disfruta de sus vacaciones en forma anticipada al año respectivo, y también equitativa con la administración judicial empleadora que va reconociendo ese derecho anualmente en aras de la organización colectiva de las vacaciones de la generalidad de sus funcionarios.

No se ve entonces ninguna razón para variar esa manera de ver el asunto, que se ha visto de forma equitativa a través del tiempo, como lo demuestra el hecho de que no suelen presentarse este tipo de reclamaciones judiciales de los funcionarios de la rama judicial. Con la nueva tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la administración judicial incurrirá inevitablemente en duplicación de costos respecto del pago de vacaciones a la terminación del vínculo laboral, cuando la práctica tradicional no afectaba ningún derecho del funcionario judicial.

Aplicando la tesis que expongo en la solución al caso concreto, considero que de acuerdo con lo probado en el proceso, el funcionario judicial laboró en forma ininterrumpida durante el tiempo comprendido entre el 1 de septiembre de 1990 y el 31 de octubre de 2001. Desde su ingreso a la rama judicial disfrutó de

vacaciones colectivas durante el lapso comprendido entre el 20 de diciembre de cada año (incluyendo 1990) y el 10 de enero siguiente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 107 del Decreto 1660 de 1978.

El demandante disfrutó desde el año 1990 vacaciones colectivas, aún cuando no habían sido causadas, pues el derecho al disfrute del descanso necesario se causa "por cada año de servicio". De tal manera que, siendo sujeto al régimen de vacaciones colectivas de la rama judicial, el funcionario disfrutó durante la prestación ininterrumpida de servicios, anticipadamente del derecho a las vacaciones anualmente en el período comprendido entre el 20 de diciembre de cada año y el 10 de enero del siguiente.

De acuerdo con la situación particular del demandante, se tiene que, con anterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio que se produjo el 31 de octubre de 2001, disfrutó anticipadamente de vacaciones colectivas (20 de diciembre de 2000 a 10 de enero de 2001), por el año que aún no se habían causado (el último año de servicios prestados comprendía el período transcurrido desde el 1 de septiembre de 2000 al 31 de agosto del año siguiente).

El pago proporcional por concepto de vacaciones no disfrutadas por retiro del servicio, sin cumplir el año completo, sólo comprendería, como ya lo indiqué, el período laborado del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2001, en el que iniciaba para el actor un nuevo año de servicios, y no como se reconoce en la sentencia, por el período comprendido entre el 11 de enero y el 31 de octubre de 2001.

Con base en estos razonamientos, y con toda consideración y respeto por la decisión mayoritaria, dejo presentado mi salvamento de voto.

GERARDO ARENAS MONSALVE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-05995-01(0594-05)

Actor: HERIBERTO REYES VARGAS

**Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y DIRECCION
EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**