

Bogotá D.C., 11 de octubre de 2016

Doctor
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Consejero Ponente
Sección Segunda – Subsección A
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

Asunto: Expediente No. 11001032500020140010300 (0209-2014)
Nulidad parcial del artículo 11 del Decreto 446 de 1994, por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.
Actor: Wilson Guzmán Olaya
Contestación de demanda

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 6, del Decreto-Ley 2897 de 2011, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 0641 de 2012, procedo a contestar la demanda dentro del proceso de la referencia, así:

1. Norma demandada y concepto de la violación

1.1. Se demanda la nulidad del artículo 11 del Decreto 446 de 1994, en el aparte que se subraya, así:

Decreto 446 de 1994 (febrero 24)

“Por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.”

“ARTÍCULO 11. PRIMA DE RIESGO. Los Directores y Subdirectores de establecimiento carcelario y el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una prima de riesgo sin carácter salarial, en los porcentajes que fije el Gobierno Nacional, que no podrá ser inferior al actualmente vigente.”

1.2. Como concepto de la violación, manifiesta el actor, que si bien el artículo 1 de la Ley 4 de 1992 faculta al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los
Bogotá D.C., Colombia

servidores públicos y, en tal virtud, puede crear la prima de riesgo a favor de algunos servidores del INPEC, lo cierto es que no tiene atribución para determinar si esa prima constituye o no factor salarial, pues dicha competencia es exclusiva del legislador.

Por lo anterior, considera el demandante, se configura un exceso de la potestad reglamentaria y una usurpación de las atribuciones del legislador, en vulneración de los artículos 121, 150 –numeral 19, literal e) y 189 –numeral 11 de la Constitución Política.

En ese sentido, señala el actor, que según el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, la mencionada prima tiene carácter salarial, pues se trata de una suma que habitual y periódicamente reciben los servidores del INPEC como retribución por sus servicios. Además, menciona algunas sentencias del Consejo de Estado en las que ha anulado disposiciones normativas semejantes respecto de servidores públicos, por considerar que la competencia para determinar el carácter salarial de una prestación corresponde al legislador.

2. Problema jurídico concreto

El problema jurídico a resolver en este proceso consiste en establecer si el Gobierno nacional al excluir el carácter salarial de la prima de riesgo creada para algunos servidores del INPEC, vulnera lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 y los artículos 121, 150 –numeral 19, literal e) y 189 –numeral 11 de la Constitución Política, por supuesta usurpación de atribuciones legislativas y por exceso de la potestad reglamentaria.

3. Consideraciones de constitucionalidad y legalidad de la norma impugnada

Para efectos del análisis correspondiente se revisarán previamente las competencias señaladas por la Constitución para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y la relación de estas competencias con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, por último, se dará respuesta a los cargos de la demanda.

3.1. Conforme lo ha venido señalando la jurisprudencia constitucional de manera reiterada¹, la competencia para la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, corresponde de manera concurrente al Congreso de la República y al Gobierno nacional. Lo anterior, según la previsión normativa contemplada en el artículo 150 –numeral 19, literal e) de la Constitución Política, según el cual corresponde al legislador expedir las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otras materias, para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública.

A través de dicha competencia concurrente corresponde al Congreso mediante las denominadas leyes marco o cuadro, fijar las pautas o criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse determinada materia, mientras al Presidente de la República le corresponde desarrollar dichos parámetros a través de los propios decretos administrativos o ejecutivos.

¹ Sentencias C-312 de 1997, C-432 de 2004 y C-173 de 2009, entre otras.

Al respecto, señala la jurisprudencia constitucional, que la fuerza normativa de los decretos que desarrollan leyes marco no solo se deriva de la habilitación legislativa contenida en el referido artículo 150, numeral 19 de la Constitución Política y en la Ley 4 de 1992, sino del contenido mismo de tales decretos, por cuanto el diseño constitucional de las leyes marco parte de reconocer que existen materias que si bien deberían ser objeto de regulación por el Congreso (como sucedía con el régimen constitucional anterior), en virtud de su dinámica se someten a la definición concreta del ejecutivo, pero en todo caso supeditado a los criterios y objetivos generales que fije al legislador.

En ese sentido, se afirma, que mientras respecto de las leyes ordinarias el Gobierno debe acatarlas y ejecutarlas a través de la potestad reglamentaria, en el caso de las leyes marco, el ejecutivo colabora activamente en el legislativo en la regulación de las materias que deben ser tramitadas a través de esta clase de leyes. Y en tanto que el Congreso se limita a fijar las pautas generales y directrices que deben guiar una materia determinada, el ejecutivo se encarga de precisar y completar la regulación del asunto de que se trata. Lo cual ha significado que diversos temas que eran regulados exclusivamente por el Congreso, se asignen ahora conjuntamente al legislativo y al ejecutivo.

Las anteriores consideraciones, llevaron a la jurisprudencia a concluir, que la potestad legislativa del Gobierno en materia de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, encuentra pleno sustento en la Carta Política, pues está habilitado aún para subrogar la legislación preconstitucional, a condición de que se someta a los criterios y objetivos definidos en la ley marco. De manera que, los decretos que expida en tal sentido, aunque conservan su carácter reglamentario, pueden válidamente sustituir la legislación con fuerza de ley sobre las reglas particulares del régimen salarial de los servidores públicos, expedida al amparo de la Constitución de 1886.²

Ahora bien, sobre la fijación concreta del carácter salarial o no de una prestación laboral señalada respecto de algunos empleados públicos en las disposiciones de la Ley 4 de 1992, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse, entre otras, en la sentencia C-279 de 1996, estableciendo que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución" y "...el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona derechos de los trabajadores y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional".

3.2. Sobre la base de lo expuesto, no resulta válido aducir que el Presidente de la República, al señalar que la prima de riesgo de algunos servidores del INPEC no tiene carácter salarial, usurpó las facultades del Congreso de la República y se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues como se señaló en el numeral anterior, de acuerdo con la habilitación legislativa prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos conlleva el ejercicio de una competencia concurrente entre el legislativo y el ejecutivo, de manera que éste último debe expedir la regulación correspondiente de acuerdo con los criterios y directrices generales señaladas por aquél y, en esta materia, la potestad legislativa del Gobierno puede implicar incluso

² Sentencia C-402 de 2013.

subrogar la legislación preconstitucional, a condición de que se someta a los criterios y objetivos definidos en la ley marco.

Lo anterior, según la jurisprudencia citada encuentra pleno sustento en la Carta Política, pues aunque los decretos expedidos por el ejecutivo conservan su carácter reglamentario, pueden válidamente sustituir la legislación con fuerza de ley sobre las reglas particulares del régimen salarial de los servidores públicos que había sido expedida al amparo de la Constitución de 1886.³

Así, conforme se precisó, tanto la referida norma constitucional como la Ley 4 de 1992, habilitan al Presidente de la República para colaborar activamente con el legislativo en la regulación de las materias que deben ser tramitadas a través de leyes marco pues, en este sentido, mientras el Congreso fija las pautas generales y directrices que deben guiar al ejecutivo, éste precisa y complementa la regulación correspondiente, lo cual ha significado que diversos temas que eran regulados exclusivamente por el Congreso, se asignen ahora conjuntamente al legislativo y al ejecutivo.

Conclusión de lo expuesto es que la no asignación de carácter salarial a la prima de riesgo de algunos servidores del INPEC, dispuesta por el Presidente de la República en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, se ajusta a la dispuesto en Constitución Política en materia de asignación de competencias respecto de la regulación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y respeta en su integridad las directrices y parámetros señalados para el efectos en la Ley 4 de 1992 o ley marco de régimen salarial y prestacional.

5. PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al H. Consejo de Estado DECLARAR AJUSTADA A DERECHO la expresión "sin carácter salarial" contenida en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 y, en consecuencia, NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

6. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

6.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 2897 de 2011, en cuyo artículo 15, numeral 6 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

6.2 Copia de la Resolución 0641 de 2012, por la cual se delega la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, para intervenir en los procesos ante el Consejo de Estado.

6.3. Copia de la Resolución 0647 del 29 de agosto de 2016, por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

³ Sentencia C-402 de 2013.

6.4. Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. Notificaciones

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Consejero,



DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
C.C. 52.055.352 de Bogotá
T.P. No. 77.589 del C. S. de J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez 
Revisó y aprobó: Diana Alexandra Remolina Botía

EXT16-0028414, EXT16-0028049, MEM16-0008713

T.R.D. 2300 540 10

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARIA HOY

11 OCT 2016

SECCIÓN SEGUNDA

~~MEMORIAL~~ 3 ~~PRELIMINAR~~
Y 6 ANEXOS

Paulom.
2

[Faint, illegible handwritten text]