Al responder cite este número
DEF18-0000006-DOJ-2300

Bogotá D.C., 16 de marzo de 2018

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARÍA HOY
16 MAR 2018
SECCIÓN SEGUNDA
EN 3 FOLIOS
Y 6 ANEXOS

Doctor
JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA
Conjuez Ponente - Sección Segunda
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

Asunto: Expediente No. **11001032500020150094900 (3840-2015)**
Nulidad parcial del Decreto 0383/13, extensiva a los Decretos 0382 y 0384 de 2013, sobre bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y otros.
Actor: José Raymundo Fragozo Corrales.
Contestación a la suspensión provisional

Honorable señor Conjuez:

NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18, numeral 6º del Decreto 1427 de 2017, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante la Resolución No. 0641 de 2012 por el señor Ministro de Justicia y del Derecho, procedo a descorrer el traslado de la solicitud de suspensión provisional formulada dentro del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. **Consideraciones sobre la improcedencia de la medida cautelar.**

Para el Ministerio, la solicitud de suspensión provisional del inciso primero del artículo 1º del Decreto 0383 de 2013, por el cual se crea la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, por considerar que la norma despoja del carácter salarial a la bonificación con la que se pretende nivelar la remuneración de los empleados y de los funcionarios respectivos, resulta improcedente por las siguientes razones:

Establece el artículo 1º de los Decretos 0382, 0383 y 0384 de 2013, que la bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, de la Rama Judicial, de la Justicia Penal Militar, de la Dirección Ejecutiva y de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y en Salud, previsión que a juicio del demandante representa un retroceso en el sistema prestacional de los trabajadores y desconoce la jurisprudencia sobre la materia.

Acerca del régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial establecido con fundamento en la Ley 4 de 1992, en particular, frente al carácter salarial de las prestaciones como la bonificación judicial, que ahora se establece en virtud de los actos demandados, ha tenido oportunidad de pronunciarse la H. Corte Constitucional a través de la sentencia C-244 de 2013.

En la mencionada sentencia, la Corte realiza un recuento histórico de dicho régimen salarial y prestacional, para señalar que esta referencia resulta pertinente porque la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada inicialmente *"prima especial"* y de su carácter prestacional, puede tener efecto en las *"bonificaciones"* posteriormente creadas para remplazarla, de manera que lo que se diga acerca de la naturaleza jurídica de la misma, también resulta aplicable respecto de la naturaleza jurídica de las *"bonificaciones"*, ya que por sus características son fácilmente asimilables al salario.

Así lo señaló la Corporación en la mencionada sentencia:

> ***«... Los pronunciamientos de la Corte sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992 y la cuestión de la cosa juzgada constitucional.***
>
> *La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre estos dos artículos de la Ley 4/92 que son, como hemos visto, piezas centrales de la política salarial y prestacional del Estado hacia la Rama Judicial. Estas normas han sido atacadas varias veces en el control abstracto de constitucionalidad. Del tono y sentido de las demandas, es fácil inferir que han sido demandadas desde visiones sensibles a los intereses y potenciales derechos del gremio judicial por no satisfacer las reglas mínimas de protección laboral e igualdad salarial que, en opinión de los reclamantes, garantiza la Constitución.*
>
> ***La primera ocasión donde la Corte estudió el tema*** *fue en la sentencia C-279/96. Como se recordará del recuento que se hizo en las páginas anteriores, el legislador había afirmado varias veces que la prima técnica no constituía factor salarial, ni en las normas generales que establecían la prima técnica, ni en las específicas que la aplicaban a la nivelación de ingresos del sector justicia.*

En este proceso se acusaban los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª al prever que la prima especial aplicable a los funcionarios allí contemplados no constituía factor salarial (en continuidad con lo idénticamente establecido en la Ley 60 de 1990 y los Decretos que la desarrollaron). La Corte Constitucional decidió en esa ocasión que la negación del carácter salarial a la prima especial allí concedida no violaba la Constitución Política.

Para sentar su posición, la Corte arranca desde premisas opuestas a las plasmadas por la demanda ciudadana de inconstitucionalidad: según la Corte, existe "el contrasentido evidente de las afirmaciones que censuran la creación de primas, en favor de ciertos trabajadores, por oponerse, presuntamente, a las reglas constitucionales que protegen el trabajo. Ninguna norma que tenga como efecto principal aumentar el ingreso disponible de un trabajador puede lesionar las reglas sobre protección especial al trabajo." La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así, sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa, sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador.

En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél.

Para la Corte Suprema, respaldada ahora por la Constitucional, "este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter".

De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.

***En una segunda intervención de la Corte Constitucional** en este idéntico tema, la Corte decidió en la C-052/99 estarse a lo dispuesto en la sentencia C-279/96 por haber operado el fenómeno de la cosa*

juzgada constitucional. En aquella ocasión, los demandantes propusieron argumentos de derecho social del trabajo similares a los desestimados por la Corte en su primera sentencia de 1996.

***La Corte asumió por tercera ocasión la constitucionalidad** de esta misma problemática en la sentencia C-681/03. La demanda vuelve a cuestionar la Ley 4ª, pero apoyada ahora en la expedición de la Ley 332/96 en la que se desequilibró el régimen laboral y prestacional entre los funcionarios de los artículos 14 y 15. En la Ley 332/96, como hemos visto, se le dio carácter salarial únicamente a la prima especial recibida por los funcionarios del artículo 14, y solo en lo que tiene que ver con la cotización y liquidación de pensiones.*

*Frente a esta situación la Corte Constitucional argumentó de dos formas paralelas: en primer lugar, reprochó la liquidación artificiosa de pensiones realizada a los magistrados del artículo 15 al incluírseles componentes remuneratorios propios de los Congresistas. Para resolver esto, urgió al Gobierno Nacional a realizar una revisión completa del régimen pensional de Magistrados del artículo 15 para que reflejara estrictamente los componentes de su propio régimen salarial. En segundo lugar, accedió a las pretensiones de la demanda al encontrar que la Ley 332 no había tenido ningún motivo justificado al establecer una diferenciación entre los funcionarios del artículo 14 y los del 15. Así pues, la prima técnica también debía contar como factor salarial para los funcionarios del artículo 15 (siempre y cuando sus pensiones fueran liquidadas con los rubros propios de su cargo, y no con los de los Congresistas). **Por esta vía, la Corte procedió a declarar inconstitucional la expresión "sin carácter salarial" del artículo 15, pero añadiendo en la parte decisoria de la sentencia que tal prima sólo tendría carácter salarial con relación a la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de dichos funcionarios, y sin afectar las otras prestaciones sociales reconocidas por la ley.** Es esta determinación restrictiva de la interpretación del artículo 15 de la que actualmente está siendo debatida en el presente proceso por violar, según dice la demandante, principios cardinales del derecho social del trabajo establecidos, entre otros, en los artículos 25 y 53 de la CP.*

***Como resulta claro de este recuento, la demanda motivo del presente proceso de constitucionalidad en realidad está desafiando la interpretación restrictiva dada por la sentencia C-681/03 al declarar inexequible la expresión "sin carácter salarial" del artículo 15 de la Ley 4ª. No vemos razones suficientes que permitan variar la cosa juzgada constitucional laboriosamente construida mediante los precedentes que se acaban de repasar.** Una nueva variación de la jurisprudencia en este sentido traería consecuencias altamente desfavorables para la estabilidad jurídica y podría llegar a afectar, una vez más, la liquidación de prestaciones sociales (incluso con efectos retroactivos), generando así una nueva ola de litigios y de incertidumbre en un área del derecho laboral administrativo que ya ha contado con una excesiva fragmentación normativa y jurisprudencial que las salas de conjueces han advertido en diversas ocasiones.»* (Resaltado por fuera del texto original).

Ahora bien, en el caso de la bonificación judicial creada en virtud de los Decretos 0382, 0383 y 0384 de 2013, resulta válido aducir los mismos argumentos señalados por la Corte

Constitucional en la sentencia C-244 de 2013 respecto del carácter salarial de la bonificación para efectos pensionales, en términos semejantes a los establecidos en los actos demandados, según los cuales la bonificación judicial que se crea para los servidores de la Fiscalía, la Rama Judicial, la Justicia Penal Militar, la Dirección Ejecutiva y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En tal evento, establecer un concepto diferente conllevaría a crear un trato discriminatorio frente a los otros servidores de la Rama Judicial en cuyo favor se han creado prestaciones similares con carácter salarial para efectos pensionales únicamente.

En ese sentido, los decretos demandados se encuentran en consonancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificado por la Ley 332 de 1996, al disponer que la revisión del sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, sobre la base de la nivelación o reclasificación, se hará atendiendo criterios de equidad.

Con fundamento en las anteriores consideraciones no se configura la vulneración de las normas superiores invocadas en la demanda, lo cual da lugar a que la medida cautelar de suspensión provisional del inciso primero del artículo 1º del Decreto 0383 de 2013, extensiva a la misma disposición de los Decretos 0382 y 0384 de 2013, resulte improcedente.

2. Petición.

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al Conjuez Ponente, negar la medida cautelar solicitada.

3. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- ✓ Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18, numeral 6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

- ✓ Copia de la Resolución No. 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia

mm

y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.

- ✓ Copia de la Resolución 1010 de 2017 por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

- ✓ Copia del Acta de Posesión del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

- ✓ Copia del presente escrito.

4. Notificaciones

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

Del Honorable Conjuez,

NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO
C.C. 80.467.462 de Villapinzón (Cundinamarca)
T.P. 128.334 del C.S. de la J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez.
Revisó y aprobó: Néstor Santiago Arévalo Barrero.

EXT18-0010263, EXT18-0010264, EXT18-0010630, MEM18-0002292

T.R.D. 2300 36.152

https://www.minjusticia.gov.co/Correspondencia/ConsultaCorrespondencia/Default.aspx?id=gdjY85rVnXJc6wFdqcfyZgsbwSOH78ni5NOTv2KyIJ8%3D