



Al responder cite este número
MJD-DEF22-0000071-DOJ-2300

Bogotá D.C., 4 de abril de 2022

Doctora
CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS
Conjueza Ponente - Sección Segunda
Consejo de Estado
ces2secr@consejodeestado.gov.co
Bogotá D. C.



Contraseña:JSAaNLmrOI

REFERENCIA: Expediente 11001-03-25-000-2017-00806-00 (4271-2017)
ACCIONANTE: Harold Hernán Moreno Cardona
ASUNTO: Nulidad parcial del artículo 1° del Decreto 382 del 2013, modificado por el Decreto 22 del 2014, sobre bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación
Contestación de la solicitud de medida cautelar

Honorable conjueza ponente:

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, bajo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 18 del Decreto 1427 del 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida, mediante la Resolución 0641 del 2012, procedo a contestar la solicitud de medida cautelar formulada en el proceso de la referencia.

1. NORMA DEMANDADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante solicita la suspensión provisional de los efectos de un aparte del inciso 1° del artículo 1° del Decreto 382 del 2013, modificado por el artículo 1° del Decreto 22 del 2014¹, donde se determina:

“Artículo 1°. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente **y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** [...]”. (Aparte en negrilla y subrayado es el acusado).

Bogotá D.C., Colombia



En opinión del actor, la disposición demandada viola el Preámbulo y los artículos 2°, 13, 25, 53, 150 y 152 de la Constitución Política, al igual que los artículos 1°, 2° y 10 de la Ley 4ª de 1992, al considerar que “afecta la remuneración de los servidores públicos de la Fiscalía, al no tener en cuenta esta bonificación como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, lo que desmejora la remuneración es contrario a los postulados de la Ley 4 de 1992”, y, de otro lado, desconoce la reserva de ley en la definición del salario y las prestaciones sociales.

También añade que se incurrió en exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, porque el Gobierno creó “una situación desventajosa para los funcionarios de la FISCALÍA que desarrollan las mismas funciones y empleos que los supernumerarios”, esto es, un trato discriminatorio.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, los argumentos de la solicitud de suspensión provisional no están llamados a prosperar, como se expone a continuación:

2.1. Contexto de expedición de la disposición acusada

En términos generales, los apartes acusados de los Decretos 382 del 2013 y 22 de 2014 están en consonancia con el ordenamiento jurídico, ya que pretendieron la reducción de las brechas horizontales y verticales presentadas en los ingresos de los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de garantizar su derecho a la igualdad, bajo criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad, conforme con el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Se recuerda que el antecedente directo de la expedición de dichos decretos fue el cese de actividades de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Fiscalía General, en el 2012, situación que condujo a la suscripción del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de ese año, por delegados del Gobierno y representantes de tales servidores, que permitió conformar la Mesa Técnica Paritaria destinada a revisar y nivelar la remuneración de estos últimos, como lo dispuso la Resolución 741 del 7 de noviembre siguiente, expedida por este Ministerio. En ese sentido, también se previó la adición presupuestal correspondiente que sería distribuida en las vigencias fiscales del 2013 al 2018, a título de complemento a los ingresos, esto es, la llamada bonificación judicial.

De hecho, se destaca que los miembros de tal mesa paritaria avalaron la distribución presupuestal señalada, en tanto respetó la equidad de los ingresos totales y la jerarquía y complejidad de los empleos, lo que derivó en la expedición del Decreto 382 y otros similares, de acuerdo con las actas del 6 de noviembre del 2012 y 8 de enero del 2013.

Bogotá D.C., Colombia



Así pues, se denota que el Gobierno se ha esforzado en mejorar los ingresos de aquellos servidores, a pesar de las restricciones presupuestales estatales, y atendiendo a la sostenibilidad fiscal, la racionalización de los recursos públicos y la coherencia con la política macroeconómica y fiscal.

2.2. Precedente jurisprudencial aplicable

Es oportuno evocar lo sostenido por la Corte Constitucional frente al carácter salarial o no de los emolumentos derivados de la vinculación de los servidores judiciales, como la bonificación de interés en este proceso. Por un lado, la Sentencia C-279 de 1996 afirmó que:

“[...] aún 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 carácter² [...]

Igualmente, [...] el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

[...]

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los 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.”

Ante la reforma efectuada por la Ley 332 de 1996 (aclarada por la Ley 476 de 1998) a la Ley 4^a, la Sentencia C-681 del 2003 precisó que la “prima especial de servicios constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios”.

Otro precedente sentado por la Corte Constitucional se encuentra en la Sentencia C-244 del 2013, la cual advirtió que la definición de la naturaleza jurídica de la denominada inicialmente "prima especial" y de su carácter prestacional puede tener efecto en las "bonificaciones" creadas posteriormente para remplazarla, entonces, lo que se predique



de la primera aplica a las segundas. Adicionalmente, resumió la *ratio decidendi* de la Sentencia C-279 mencionada y expuso:

“[...] 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.”

Luego, recordó la interpretación efectuada en la Sentencia C-681 y aseveró:

“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.”

Eso no es todo. El Consejo de Estado, en Sentencia de unificación de jurisprudencia 4100123330002016004102 (2204-18) del 2 de septiembre del 2019³, estableció que la “prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación”.

En definitiva y respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria, es el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política el que autoriza al Ejecutivo a fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, de acuerdo con el marco legal, que, en este caso, es lo definido por la Ley 4^a, en particular su artículo 14. Por ende, el Gobierno sí se ajustó a lo indicado por el legislador, al prever que el beneficio económico examinado no sea factor de liquidación de las prestaciones sociales, salvo que se trate de la base de cotización a los sistemas de pensiones y salud, es decir, aquel no excedió sus facultades reglamentarias, ni desconoció las funciones del Legislativo, ni tampoco desmejoró los salarios y prestaciones sociales de los servidores interesados.

2.3. Verificación de requisitos de procedencia de la suspensión provisional

Corresponde ahora abordar los presupuestos contemplados en el artículo 231 de la Ley 1437 del 2011⁴ y el alcance dado a este por el Consejo de Estado⁵, en el sentido que la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de actos administrativos exige al juez verificar la concurrencia de tres elementos: la apariencia de buen derecho, el perjuicio de la mora y la ponderación de intereses.

Bogotá D.C., Colombia



Según el alto tribunal, la apariencia de buen derecho se configura, cuando luego de una apreciación provisional, basada en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, se evidencia la posible existencia de un derecho. Por su parte, el perjuicio de la mora se refiere a la demostración de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho⁶, en otras palabras, la necesidad de urgencia de la medida cautelar o el peligro derivado de su no adopción. Sumado a esto, el juzgador debe realizar un estudio de ponderación, que incluya el análisis, en estricto sentido, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, explica⁷.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que el análisis o valoración inicial de legalidad del acto acusado comprende:

“[...] una confrontación de legalidad de aquel con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una apreciación sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final [...]”⁸.

Descendiendo al caso concreto, se resalta que los fundamentos de la solicitud de la medida cautelar no logran desvirtuar la presunción de constitucionalidad y de legalidad de la que goza la norma atacada, dado que el accionante alega el desconocimiento de lo consagrado en el Preámbulo y los artículos 2°, 13, 25, 53, 150 y 152 de la Constitución Política, al igual que los artículos 1°, 2° y 10 de la Ley 4ª de 1992, pero de la mera confrontación entre este mandato constitucional y legal y el contenido cuestionado del artículo 1° del Decreto 382 del 2013, modificado por el artículo 1° del Decreto 22 del 2014, no resulta ostensible vulneración alguna que amerite ordenar su suspensión provisional.

Igualmente, no se evidencia que lo previsto en el precepto cuestionado cause un perjuicio irremediable, pues, se insiste, aquel se encuentran acorde con el marco legal aplicable en la materia.

En resumen, la parte actora no demostró la existencia de incompatibilidad o contradicción manifiesta entre alguna norma superior y la disposición demandada que justifique ordenar la suspensión provisional de esta última. Además, tampoco acreditó suficientemente la idoneidad y necesidad de dicha medida cautelar.

3. SOLICITUD DE ACUMULACIÓN PROCESAL

Bogotá D.C., Colombia



Se advierte que actualmente cursan en la Sección Segunda de la corporación más de 75 procesos de nulidad contra el Decreto 382 y otros relacionados, en los que se invocan argumentos conexos a los alegados por la demanda en esta oportunidad, existe identidad respecto a la parte demandada, se tramitan bajo el mismo procedimiento e instancia, y, además, la *causa petendi* es similar, esto es, la declaratoria de nulidad de las disposiciones acusadas.

Por tanto, y con base en los artículos 165 y 306 de la Ley 1437 del 2011 y 148 al 150 del Código General del Proceso, y a fin de garantizar el principio de economía procesal y evitar decisiones contradictorias, esta Dirección solicita **DECRETAR LA ACUMULACIÓN** de tales procesos al más antiguo, identificado con el radicado **11001032500020130165600**, cuya demanda fue admitida en primer lugar (3 de junio del 2014). Los referidos procesos son los siguientes:

2013	11001032500020160092800
	11001032500020160092900
11001032400020130046900	11001032500020160093000
11001032400020130047000	11001032500020160093100
11001032400020130047200	11001032500020160093400
11001032500020130049800	11001032500020160093800
11001032500020130064000	11001032500020160101100
11001032500020130072600	11001032500020160101400
11001032500020130076900	11001032500020160101600
11001032500020130090200	11001032500020160105000
11001032500020130107600	11001032500020160116800
11001032500020130165600	11001032500020160116900
	11001032500020160117000
2014	11001032500020160117100
	11001032500020160117200
11001032500020140038300	11001032500020160117300
11001032500020140074400	
11001032500020140125200	2017



2015	11001032500020170012400
11001032500020150027400	11001032500020170012500
11001032500020150030300	11001032500020170039300
11001032500020150037800	11001032500020170040900
11001032500020150085000	2018
11001032500020150092100	11001032500020180002100
11001032500020150094900	11001032500020180002200
2016	11001032500020180004800
11001032500020160002000	11001032500020180005000
11001032500020160082300	11001032500020180032500
11001032500020160085900	11001032500020180046300
11001032500020160086000	11001032500020180088200
11001032500020160086100	11001032500020160101400
11001032500020160086300	11001032500020180104200
11001032500020160086400	11001032500020180104300
11001032500020160086500	11001032500020180107200
11001032500020160086800	11001032500020180107300
11001032500020160087200	11001032500020180111300
11001032500020160087300	11001032500020180115600
11001032500020160087400	11001032500020180133400
11001032500020160087500	11001032500020180149100
11001032500020160087600	11001032500020180159700
11001032500020160087800	11001032500020180171000
11001032500020160105100	



11001032500020160105200

11001032500020160116700

4. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Atendiendo el parágrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 del 2011, se adjunta copia de los antecedentes administrativos que reposan en este Ministerio referentes a la expedición del Decreto 382 del 2014. En todo caso, los demás antecedentes se encuentran en poder del Departamento Administrativo de la Función Pública, según lo dispuesto en el Decreto 1081 del 2015.

5. PETICIÓN

Por lo expuesto, se solicita respetuosamente al Consejo de Estado **NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del aparte acusado del inciso 1° del artículo 1° del Decreto 382 del 2013, modificado por el artículo 1° del Decreto 22 del 2014.

6. ANEXOS

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del apartado pertinente del Decreto 1427 del 2017, cuyo numeral 6° del artículo 18 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 N° 0641 del 4 de octubre del 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho la representación judicial de la entidad, para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0099 del 2022, 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 0017 del 2022 del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. NOTIFICACIONES

Bogotá D.C., Colombia



La justicia
es de todos

Minjusticia

Las recibiré en el buzón de correo electrónico del Ministerio:
notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

De la señora conjeza,

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento
Jurídico

ALEJANDRO MARIO DE JESÚS MELO SAADE
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
C. C. 1.010.186.207
T. P. 251.901 del C. S. de la J.

haroldmorenoc@morenoygutierrez.com
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co
notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Andrea del Pilar Cubides Torres, Profesional Especializada.

Revisó: Alejandro Mario de Jesús Melo Saade, Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico.

Aprobó: Despacho del Viceministro de Promoción de la Justicia.

Radicados de entrada: MJD-EXT22-0011503 y MJD-EXT22-0011443 del 28-03-22.

TRD: 2300-36152

<https://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=Psy5bpd4vyYcVXx597kj%2B1EpQ7bsjxfyn8Elo2Tzws4%3D&cod=mqca32dmBkD%2FfVbHLHY12g%3D%3D>

¹ El inciso 1° de la disposición consagra: "Modificar el Decreto 0382 de 2013, mediante el cual se creó para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. [...]".

² "Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, "Sentencia del 12 de febrero de 1993", exp. No. 5481, Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294." Cita en Sentencia C-279 del 24 de junio de 1996. M. P. Hugo Palacios Mejía.

³ Conjeza Ponente Carmen Anaya de Castellanos.

⁴ "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Bogotá D.C., Colombia



3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Auto 11001032400020140044700 y 11001032400020130065000, abr. 24/19, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena. Auto 11001031500020140379900, mar. 17/15, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto 11001032600020150002200 (53057), mayo. 13/15, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Este fallo indica que, en la determinación de una medida cautelar, el juez debe tener en cuenta valoraciones fácticas referentes a los medios de acción a ser seleccionados, lo que implica analizar que aquella sea adecuada para afrontar la amenaza al derecho afectado (idoneidad), y sea la menos lesiva de la competencia propia de la administración pública (necesidad), además, de determinar, de manera doble, el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos (ponderación).

⁸ Consejo de Estado. Auto 11001031500020140379900. *Op. Cit.*