



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de dos mil quince (2015).

**No. de Referencia: 11001-03-25-000-2011-00033-00
No. Interno: 0112-2011
Actor: FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA
Demandado: GOBIERNO NACIONAL
AUTORIDADES NACIONALES**

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el señor Fabio Gustavo Espinosa Triana contra el artículo 21 del Decreto 1391 del 26 de abril de 2010 *“Por el cual se dictan normas sobre régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo”* proferido por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia¹, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANTECEDENTES

El señor Fabio Gustavo Espinosa Triana, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta jurisdicción la nulidad del artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, dictado por el Gobierno Nacional, que indica:

¹ Este decreto lleva la firma del Ministro del Interior y de Justicia, conforme las normas vigentes de la época. No obstante, la Ley 1444 de 2011 escindió el citado Ministerio y lo reorganizó en los Ministerios del Interior y creó el de Justicia y el Derecho (art. 14).



“DECRETO 1391 DE 2010

(abril 26)

Diario Oficial No. 47.692 de 26 de abril de 2010

Por el cual se dictan normas sobre régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a de 1992,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 21.

Las pensiones de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo se liquidarán sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el artículo 6o del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, y la prima especial de servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4a de 1992 para aquellos servidores que tengan derecho a ella, dentro de los límites dispuestos por el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda el actor cita como normas violadas, los artículos 13, 53 y 280 de la Constitución Política.

Como fundamento de la pretensión de nulidad el demandante expone un cargo único por violación del derecho a la igualdad, así:



Indica que el cargo de los Procuradores que actúan ante los Tribunales Administrativos, en virtud del artículo 280 de la Carta Política, tienen derecho a la misma remuneración y prestaciones de los Magistrados y jueces de mayor jerarquía.

Expresa que el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 rompe el principio de igualdad de forma injustificada, porque desconoce el artículo 280 de la Constitución Política, que señala una nivelación entre la remuneración y prestaciones de los agentes del Ministerio Público y los Magistrados y jueces de mayor jerarquía, así:

“ARTÍCULO 280. Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

Manifiesta que al analizar de manera armónica los artículos 280 y 53 de la Constitución Política, se infiere claramente que el Constituyente primario, establece el derecho a la igualdad de los agentes del Ministerio Público, en consecuencia el Gobierno Nacional no puede proferir un decreto que desconozca las citadas normas, que prevalecen en el orden jurídico interno.

Señala que en desarrollo de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1391 de 2010, que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, e igualmente profirió el Decreto 1388 de 2010, relativo al régimen salarial y prestacional de los servidores de la rama judicial y de la justicia penal militar.

Resalta que en el Decreto 1388 de 2010 frente a la liquidación de las pensiones se dispuso:

“ARTÍCULO 12. Las pensiones de la Rama Judicial se liquidarán sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el artículo 6o del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1o del Decreto 1158 de 1994, la Prima Especial de Servicios de que trata la Ley 332 de 1996 y la bonificación por compensación prevista en el Decreto 664 de 1999 o la bonificación de gestión judicial de que trata el Decreto 4040 de 2004, para quienes estén cubiertos por una u otra, en cada caso, dentro de los límites dispuestos por el artículo 5o de la Ley 797 de 2003. La prima especial de servicios, la bonificación por compensación y la bonificación de gestión judicial constituirán factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y de acuerdo



con la Ley 797 de 2003 para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Considera que a partir de la confrontación entre el artículo demandado y el artículo 12 del Decreto 1388 de 2010, siendo el primero aplicable a la Procuraduría General de la Nación y el segundo, a la rama judicial, que el Gobierno Nacional desconoció el artículo 280 de la Carta Política *“en relación con los Agentes del Ministerio Público, que para este caso, deben ser iguales a la de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, a quienes se les da la posibilidad de que las pensiones se liquiden sobre los factores que constituyen el ingreso base de cotización dispuesto por el art. 6 del decreto 691 de 1994 ... , la prima especial de servicios, la bonificación por compensación y la bonificación de gestión judicial”* (fl. 10). Resalta así que el artículo acusado excluye como factores para liquidar la pensión, la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, los cuales sí están previstos para la rama judicial.

Expone que los artículos 13 y 53 de la Constitución Política también prevén el principio de igualdad en materia laboral, conocido como *“a trabajo igual, salario igual”*.

Adiciona que la norma acusada también desconoce los Convenios 111 y 121 de la Organización Internacional del Trabajo.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 19 de marzo de 2011 (fls. 19 a 28), el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y negó la suspensión provisional del artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Explicó que aunque el actor tituló la acción como de *“nulidad por inconstitucionalidad”* según el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 que adicionó el numeral 7º del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, en dicha acción se requiere que el decreto demandado no haya sido expedido en



ejercicio de una función propiamente administrativa, sin embargo en el presente caso, se consideró que la acción corresponde a la de simple nulidad, pues el Decreto 1391 de 2010 fue expedido en desarrollo de una ley marco (Ley 4ª de 1992).

Señaló en punto de la solicitud de suspensión provisional que de la comparación de las normas alegadas como infringidas por la parte actora, con el acto acusado, que no se advertía una infracción que conllevara a la suspensión, pues se requería realizar un estudio sobre los servidores que se benefician de la bonificación por compensación y bonificación por gestión judicial, en el Ministerio Público y en la rama judicial, para establecer si efectivamente hay un trato diferente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos (fls. 64 a 69):

Considera que según el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, es un deber del Estado garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, de modo que para la liquidación de las pensiones solo se tienen en cuenta los factores sobre los cuales el afiliado realizó las cotizaciones para obtener su pensión.



Precisa que en virtud del artículo 5 de la Ley 797 de 2003 para establecer el salario base de cotización para los servidores públicos, hay que remitirse a la Ley 4 de 1992, con fundamento en cual se expidió el decreto demandado.

Afirma que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, confirma la estrecha relación que hay entre el ingreso base que sirve para determinar las cotizaciones a seguridad social y el ingreso base para liquidar la pensión.

Explica que el ingreso base de cotización de los servidores de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo está fijado en el artículo 6º del Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Expone que la nivelación prevista en el artículo 280 de la Carta Política no fue desconocida por el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 *“habida cuenta que el mismo, solo desarrolló una vez más el mandato constitucional y legal de correlación entre el Ingreso Base de Cotización y el Ingreso Base de Liquidación.”* (fl. 65).

Señala que si los servidores de la Procuraduría General de la Nación devengan factores diferentes a los descritos para el Ingreso Base de Cotización en el sistema de pensiones (art. 1 Dec. 1158 de 1994) *“los mismos no pueden ser incluidos dentro del IBL, so pena de afectar notoriamente la Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional.”* (fl. 66). Salvo que se declare que dichos factores estén en el IBC.



Expresa que no existe un trato diferenciado que viole el derecho a la igualdad, como quiera que las funciones asignadas a los servidores de la Procuraduría General de la Nación y a los jueces y Magistrados de la rama judicial, son de diferente naturaleza.

Departamento Administrativo de la Función Pública

El DAFP solicita que esta Sección se declare inhibida o que en su defecto niegue las pretensiones de la demanda de nulidad (fls. 73 a 79):

Explica que la omisión que se atribuye en la demanda, al artículo 21 del Decreto 1393 de 2010, por no incluir como factor de la liquidación de la pensión de los servidores de la Procuraduría General de la Nación, la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, es solo aparente, toda vez que existen normas suplementarias que *“viabilizan y ordenan la liquidación de las pensiones (con) tales bonificaciones a los altos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo”* (fl. 75).

Comenta que todos los servidores del Ministerio Público y de la rama judicial no son beneficiarios de la bonificación por gestión judicial y de la bonificación por compensación, como lo manifiesta el demandante, pues la correspondencia salarial y prestacional prevista en el artículo 280 de la Carta Política, se aplica solamente a los agentes del Ministerio Público que ejercen su cargo ante los Magistrados y jueces.



Indica que antes de la expedición del Decreto 1391 de 2010, mediante el Decreto 610 de 1998 el Gobierno Nacional ya había incluido las bonificaciones en comento, en la base para liquidar las pensiones de los empleados públicos de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo que ejercen sus funciones ante los magistrados de Tribunal y sus equivalentes. En efecto resalta que el inciso 2º del artículo 1º *ídem* precisa: “*La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efecto de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos que la prima especial de servicios de los Magistrados de Altas Cortes*”.

Advierte que el Decreto 1391 de 2010 fija de forma general, el régimen salarial y prestacional de todos los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, sin distinguir a quienes tienen derecho a percibir las bonificaciones por compensación o por gestión judicial, “*las cuales, como se anotó, son tenidas en cuenta como factor de liquidación de las pensiones de los empleados tanto de la Rama Judicial como del Ministerio Público destinatarios de tales regulaciones*” (fl. 77).

Señala que no se puede establecer una violación del derecho a la igualdad de parte del artículo demandado, debido a que las bonificaciones por compensación y por gestión judicial, se encuentran en regulaciones especiales y separadas, que se aplican a los magistrados de Tribunal y a los Procuradores delegados ante ellos.



Manifiesta que es improcedente un pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto, toda vez que el artículo demandado fue derogado por el artículo 29 del Decreto 1043 de 2011. Agrega que el cargo presentado en la demanda carece de los requisitos de certeza y especificidad que se exigen en las acciones de simple nulidad.

Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría igualmente se opone a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (fls. 85 a 91):

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que solo es competente para ejecutar la ley, pero que no intervino en la expedición del artículo demandado.

Indica que el demandante debió agotar vía gubernativa, debido a que el Decreto 1391 de 2010, es un acto de carácter general a través del cual se derogó otro decreto, por el cual el Gobierno Nacional había creado una prestación especial a favor de algunos servidores del Estado, de modo que al afectar derechos individuales creados por otro acto administrativo *“debió haberse debatido ante la administración poniendo de presente su inconformidad con el ordenamiento constitucional y legal, para efectos de iniciar con posterioridad las decisiones judiciales procedentes”* (fl. 86).



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En auto del 9 de agosto de 2012 (fl. 93) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, sin embargo solo se pronunció el Departamento Administrativo de la Función Pública y manifestó que reitera lo expuesto en la contestación de la demanda (fls. 96 a 97).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado en escrito visible a folios 98 a 102, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, en virtud de los siguientes razonamientos:

Expone que anualmente el Gobierno Nacional profiere los decretos de reajustes salariales.

Afirma que la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial no se pagan de forma indiscriminada a todos los empleados del Ministerio Público, pues solo los servidores que se encuentran en las condiciones previstas en el artículo 280 de la Carta Política, tienen el mismo tratamiento salarial y prestacional de la rama judicial, así *“La Bonificación por Compensación y la Bonificación de Gestión Judicial encuentra los destinatarios señalados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1972, y a ellos se suman los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo que ejercen sus cargos ante esos despachos judiciales”* (fl. 142).



Manifiesta que en el artículo demandado, el Gobierno Nacional no viola ninguna norma constitucional, pues lo que está haciendo es fijar el régimen salarial y prestacional general de todos los servidores vinculados al Ministerio Público, sin diferenciar a los que son acreedores de la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial.

Destaca que dichas bonificaciones son tenidas en cuenta como factor de liquidación de las pensiones de los servidores de la rama judicial y sus equivalentes en el Ministerio Público *“es decir quienes ejercen funciones iguales, no todos en tanto tienen funciones y requisitos diferentes a los jueces y Magistrados de la Rama Judicial, lo que hace justificable una diferenciación en razón de la naturaleza de las funciones, la especialidad, la complejidad de las labores sin que se desconozca o se viole norma superior alguna”* (fl. 142).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Previa

Del control de legalidad de decretos derogados

Previo al análisis de legalidad del artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, la Sala advierte que este decreto fue derogado expresamente por el artículo 29 del Decreto 1043 de 2011 proferido por el Presidente de la República *“Por el cual se dictan normas sobre régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo”*.



No obstante, la derogatoria del decreto en su calidad acto administrativo no inhibe al juez para que se pronuncie sobre la legalidad del mismo, pues según lo ha manifestado reiteradamente esta Corporación *“es suficiente que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción de lo contencioso ante una demanda en su contra deba pronunciarse sobre su legalidad”*². Igualmente en sentencia del 2 de noviembre de 2001 se consideró que:

*“El Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que la derogatoria de un acto administrativo o su decaimiento no significan que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pierda la competencia para decidir sobre su legalidad y declarar su nulidad, si es del caso. Durante la vigencia los actos administrativos de carácter general producen efectos, crean situaciones particulares y concretas y es posible que aún no estén consolidadas, por lo cual si con ese acto se vulneró el orden jurídico la única forma de restablecerlo a plenitud es con la declaratoria de nulidad, porque los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia, mientras que la derogatoria surte efectos hacia el futuro.”*³

En este orden, como la derogatoria de una norma no tiene efectos retroactivos, mientras que la declaratoria de nulidad sí, es posible efectuar el control de legalidad de un acto administrativo derogado a través de la acción de simple nulidad, por el tiempo en que tuvo efectos, en razón de las situaciones jurídicas particulares que se pudieron consolidar. En consecuencia se estudiará la legalidad del artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, aunque esté derogado.

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 1998, M.P. Dr. Julio Correa Restrepo, proceso con radicado No. 8727.

³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de noviembre de 2001, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, proceso con radicado No. 11001-03-27-000-2001-0011-01(11857).



De las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación

En la contestación de la demanda, la Procuraduría General de la Nación propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de agotamiento de la vía gubernativa e indebida escogencia de la acción.

i) De la falta de legitimación en la causa por pasiva

En síntesis, como fundamento esta excepción, considera la Procuraduría General de la Nación, que esta entidad no intervino, ni participó en la expedición del Decreto 1391 de 2010, cuyo artículo 21 demanda la parte actora, de modo que dicha entidad *“no desplegó ninguna conducta activa u omisiva que pudiera vulnerar ni las disposiciones legales ni reglamentarias, sobre los derechos salariales y prestacionales de los servidores públicos, aun cuando se trate de aquéllos vinculados a la Plante de Personal de la Procuraduría General de la Nación”* (fl. 85). (Subrayado en el texto).

Al respecto, destaca la Sala que el Decreto 1391 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, quienes conforman el Gobierno Nacional, de conformidad con el inciso 2º del artículo 115 de la Constitución Política⁴. Igualmente se resalta que el

⁴ “**ARTICULO 115.** El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”



acto demandado, regula el régimen salarial y prestacional para el año 2010, de los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación.

Ahora bien, para abordar la legitimación en la causa por pasiva en los procesos contenciosos hay que acudir al artículo 150 del CCA⁵, el cual dispone que las entidades públicas son parte en los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan, así tratándose de una acción de simple nulidad frente un decreto reglamentario, la entidad que lo expide es la llamada a defender su legalidad,

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación⁶, retomando los tratadistas de derecho procesal, ha señalado que la legitimación en la causa por pasiva, hace referencia a la relación jurídica sustancial en el proceso, esto es, la relación directa de la pretensión con el demandado, *“así en los procesos contenciosos, la legitimación en la causa consiste, (...) respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante”*⁷

En este orden, se destaca que aunque el tema regulado por la norma demandada, corresponda al régimen prestacional en la Procuraduría General de la Nación, como esta entidad no suscribió el acto administrativo demandado, carece de la capacidad jurídica para comparecer al proceso para defender su legalidad, salvo que deseara intervenir como parte coadyuvante (art. 146 CCA), por tratarse de una acción de simple nulidad, situación que no acontece en el proceso bajo estudio.

⁵ **“ARTÍCULO 150.** Las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quien éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones. Sin embargo si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y de aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado. (...)”

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 24 de octubre de 2013, proceso con radicado No. 68001-23-15-000-1995-11195)25869.

⁷ Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín-Colombia. p. 270. (Citación realizada en la sentencia del 24 de octubre de 2013, M.P. Enrique Gil Botero).



Visto lo anterior, la Sala declarará probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, alegada por la Procuraduría General de la Nación, de modo que frente a esta entidad no se efectuará pronunciamiento alguno.

ii) De la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa

Afirma la Procuraduría General de la Nación que como el Decreto 1391 de 2010, al regular los incrementos salariales del citado año, derogó expresamente el decreto del año anterior, esto es, el Decreto 726 de 2009, el actor previo a demandar debió reclamar primero ante la administración.

En este punto, la Sala resalta que la acción incoada por el actor fue la de nulidad por inconstitucionalidad, la cual en el auto admisorio (fl. 19 a 28) se readequó a la de simple nulidad, toda vez que el acto demandado fue expedido en ejercicio de función administrativa.

En el mismo sentido, se precisa que el agotamiento de la vía gubernativa, es una carga procesal que debe cumplir el demandante que pretende la nulidad de un acto particular y el consecuente restablecimiento del derecho (art. 135 CCA⁸), quien está obligado a reclamar ante la administración a través de los recursos de reposición y apelación, siendo solo este último obligatorio, para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En conclusión, como la acción ejercida en el presente proceso es la de simple nulidad (art. 84 CCA), la cual se instauró contra un acto general, el accionante no estaba obligado a agotar la vía gubernativa para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁸ “**ARTÍCULO 135.** La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa. Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.

Caducidad de las acciones.”



En suma, como viene de exponerse no se encuentra acreditada la procedencia de esta excepción.

iii) Indebida escogencia de la acción

Explica la Procuraduría General de la Nación toda vez que *“el actor escogió una acción equivocada para demandar el acto administrativo general sobre el cual recayó la decisión que ahora se impugna, por cuanto el propósito del demandante era sustraer del ordenamiento jurídico, el Decreto 2668 de 1998”* (fl. 88).

Al respecto la Sala observa que la norma a la que hace referencia la Procuraduría no corresponde con la demandada en este proceso, que es el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, no obstante se da respuesta a la excepción en el sentido que, el presente caso aunque el actor presentó la acción de nulidad por inconstitucionalidad, en el auto admisorio de la demanda, se adecuó a la de simple nulidad.

En este orden de ideas, se desvirtúa la excepción de inepta demanda propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

Resueltos todos impedimentos procesales, procede la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si ¿El Gobierno Nacional violó el derecho a la igualdad de los procuradores como agentes del Ministerio Público delegados ante los jueces y magistrados, al no incluir en el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 como factores para la liquidación de la pensión, la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, las cuales si están previstas en el Decreto 1388 de 2010, que regula el régimen prestacional de la rama judicial?

Para desarrollar el problema jurídico se abordará la interpretación del artículo 280 de la Constitución Política y la naturaleza las bonificaciones por gestión y por compensación.

i) Del artículo 280 de la Constitución Política



La Constitución Política prevé en el artículo 280 que los agentes del Ministerio Público “*tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo*”.

Frente a esta norma, la Corte Constitucional en la sentencia C-245 de 1995 al declarar la inexecutable del artículo 4º de la Ley 27 de 1992, consideró sobre su alcance que para “*garantizar los intereses públicos o sociales, que el que los delegados y agentes del Procurador ante la rama jurisdiccional, como colaboradores activos en la labor de administrar justicia, en cuanto ayudan al juez al discernimiento de lo que es justo y ajustado al imperio de la ley, **deban poseer las mismas calidades intelectuales, culturales y morales de los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo, e igualmente gozar, en lo que atañe al aspecto económico vinculado a su situación laboral, de las mismas categorías, remuneración, derechos y prestaciones sociales.***”⁹(Resaltado por la Sala).

En el mismo sentido en la sentencia C-101 de 2013, en la cual se determinó que los cargos de procuradores judiciales son de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción¹⁰, consideró la Corte sobre el artículo 280 de la Carta Política que a partir de la colaboración entre los agentes del Procurador y los jueces, tiene razón de ser, su equiparación en lo que se refiere a las calidades exigidas y los derechos¹¹. En esta sentencia, se reiteró lo considerado en el fallo C-146 de 2001¹², consistente en que entre “*unos y otros -agentes del ministerio público y autoridades judiciales- deben recibir el mismo trato, en la circunstancia normativa prevista, respecto de la remuneración a la que tienen derecho.*”

ii) De las bonificaciones por gestión judicial y por compensación

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Se declaró la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2012, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-146 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

La bonificación por compensación se creó en el Decreto 610 de 1998, proferido en desarrollo de la Ley 4 de 1992 (Ley Marco en materia salarial y prestacional) con el objeto de nivelar la remuneración de determinados servidores públicos, frente a los magistrados de las altas cortes. En efecto en los artículos 1º y 2º disponen:

*“**Artículo 1º.** Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2º del presente decreto, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.*

La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.

***Artículo 2º.** La Bonificación por Compensación de que trata el artículo anterior, se aplicará a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.”* (Resaltado fuera de texto).

La Sala resalta que según el inciso 2º del artículo 1º la bonificación por compensación solo constituye factor salarial para las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.

Posteriormente, el Decreto 4040 de 2004 –anulado en sentencia del 14 de diciembre de 2011¹³- creó la bonificación por gestión judicial, la cual solo era factor salarial para efectos de determinar las pensiones, así:

*“**Artículo 1º.** A partir de la vigencia del presente Decreto, créase una Bonificación de Gestión Judicial, con carácter permanente, que sumada a*

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjuces, sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, proferida en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2005-00244-01 y número interno 10065-2005.

la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes, para los funcionarios de la Rama Judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa Nacional, que a partir de la misma fecha se vinculen al servicio en los empleos que se señalan a continuación:

**Magistrados de Tribunal y Consejo Seccional.*

**Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar.*

**Magistrados Auxiliares de las Altas Cortes.*

**Abogados Asistentes y Abogados Auxiliares del Consejo de Estado Fiscales Delegados ante Tribunales de Distrito Fiscales Auxiliares ante la Corte Suprema de Justicia.*

**Directores Ejecutivos Seccionales de Administración Judicial.*

**Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional y Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.*

Igualmente, tendrán derecho a esta Bonificación de Gestión Judicial quienes ingresen, con posterioridad a la publicación de este Decreto, a la Procuraduría General de la Nación, en empleos en los que actúen de manera permanente como Agentes del Ministerio Público ante los Magistrados de Tribunal a que se refiere el presente artículo.

La Bonificación de Gestión Judicial, pagadera mensualmente, solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta Bonificación.

Para tener derecho a la Bonificación de Gestión Judicial, de que trata el presente artículo, los servidores deberán reunir los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios para ejercer el respectivo cargo.

Parágrafo 1º. *Los funcionarios descritos en el presente artículo, tendrán derecho a percibir única y exclusivamente la Bonificación de Gestión Judicial en los términos del presente artículo, la cual es incompatible para todos los efectos con la Bonificación por Compensación.*

Parágrafo 2º. *La Bonificación de Gestión Judicial no podrá hacerse extensiva, ni se tendrá en cuenta, para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas del poder público, organismos o instituciones del sector público.” (Subrayado fuera de texto).*

Del caso en concreto



En el asunto bajo estudio corresponde a la Sala determinar si el Gobierno Nacional al expedir el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 infringió las normas en que debía fundarse, en concreto, los artículos 13 y 280 de la Constitución Política.

Como fundamento de la solicitud de nulidad, el actor alega que la norma demandada viola el derecho a la igualdad de los procuradores como agentes del Ministerio Público, quienes en razón del artículo 280 de la Carta Política, tienen derecho a la misma remuneración y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante los cuales ejercen el cargo.

Explica el actor que el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 no incluye como factores para la liquidación de las pensiones de los agentes del Ministerio Público, a la bonificación por gestión judicial y la bonificación por compensación, las que sí constituyen factores para la liquidación de la pensión de los jueces y magistrados de mayor jerarquía ante los cuales ejercen el cargo, como lo establece el artículo 12 del Decreto 1388 de 2010.

Previo a abordar, el problema jurídico planteado, la Sala precisa que el Decreto 4040 de 2004 fue anulado por esta Corporación en sentencia del 14 de diciembre de 2011¹⁴, providencia que de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes* y efectos retroactivos, en consecuencia, la bonificación por gestión

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjueces, sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, proferida en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2005-00244-01 y número interno 10065-2005.



judicial creada en el citado decreto ya no se encuentra vigente, hecho que en principio excluye pronunciamiento alguno en este proceso de simple nulidad, sin embargo, como cuando el actor presentó la demanda, la bonificación por gestión judicial no había sido declarada nula, la Sala procederá a su análisis, para responder el cargo de nulidad planteado en la demanda. Lo anterior con la salvedad que frente a los efectos retroactivos de la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, será en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se realicen las consideraciones pertinentes.

En este orden, resalta la Sala que la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial fueron creadas por el Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, encontrándose su regulación respectivamente, en los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004 (declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de diciembre de 2011¹⁵).

Dichas bonificaciones de conformidad con los decretos en comento, solo constituyen factores salariales para efectos de la determinación de las pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivientes, en efecto el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 610 de 1998, dispone que *“La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.”*, por otra parte, el inciso 4º del Decreto 4040 de 2004 (anulado) establecía *“La Bonificación de Gestión Judicial, pagadera mensualmente, solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado, incluyendo esta Bonificación.”*

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de Conjuces, sentencia del 14 de diciembre de 2011, M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, proferida en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2005-00244-01 y número interno 10065-2005.



En este sentido en sentencia del 1º de marzo de 2012, la Subsección A de esta Sección, se consideró frente a un funcionario de la rama judicial que en el ingreso base de liquidación de la pensión, se incluye la bonificación por compensación, por tratarse de una suma que se recibe de forma habitual y periódica. Así:

“En el sub iudice, la Sala considera que si el actor devengó la Bonificación por Compensación, la Prima de Servicios y la Prima de Vacaciones, estos factores deben ser incluidos en el ingreso base de liquidación de la pensión, en aplicación del principio contenido en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 en el que se establece que, además, de la asignación básica mensual que fija la ley para la remuneración de cada empleo, también constituyen factores de salario todas aquellas sumas que de manera habitual y periódica percibe el funcionario o empleado como retribución de los servicios prestados. Y como del análisis de la prueba documental aportada al proceso, se establece que el actor percibió los factores que reclama en su escrito de apelación, se concluye que tiene derecho a ellos y, por tanto, se ordenará su inclusión en el ingreso base de liquidación.”¹⁶

Ahora bien, según lo afirmado por el actor, el Gobierno Nacional violó el derecho a la igualdad de los Agentes del Ministerio Público, al no incluir en el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, como factores de liquidación de las pensiones, a las bonificaciones por gestión judicial y por compensación. En concreto, entiende la Sala que en criterio del demandante, el Gobierno Nacional excluyó las citadas bonificaciones de la liquidación de las pensiones de los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 1 de marzo de 2012, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2006-01296-01 y número interno (0981-2008)



Al respecto, en primer lugar, resalta la Sala que el Decreto 1391 de 2010, es uno de los decretos que expide anualmente el Gobierno Nacional en cumplimiento de la Ley 4 de 1992, para incrementar los salarios los servidores de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, quienes integran el Ministerio Público, y que con este mismo objeto, han sido expedidos los Decretos 1043 de 2011, 841 de 2012, 1016 de 2013, 186 de 2014 y 1257 de 2015.

En segundo lugar, se subraya que la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, fueron creadas respectivamente por los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004 –anulado por el Consejo de Estado-, proferidos igualmente en desarrollo de la Ley 4 de 1992.

En estos decretos se estableció la naturaleza de las referidas bonificaciones, al indicarse que constituyen factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.

En este orden de ideas, no considera la Sala que el Gobierno Nacional en el Decreto 1391 de 2010, cuyo objeto era fijar el incremento anual de las remuneraciones para el Ministerio Público en el año 2010, al describir en el artículo 21, qué factores se incluyen en la liquidación de las pensiones de los servidores de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, haya tenido la intención de modificar la naturaleza de la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial, previstas respectivamente en los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004.



La Sala observa que si bien en principio se estaría frente un aparente conflicto normativo, entre lo dispuesto en los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004, para los cuales las referidas bonificaciones sí constituyen un factor salarial para determinar la base de las pensiones, y el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010, que no las enumera, lo cierto es que dicha aparente omisión alegada por el actor, no conlleva a una modificación de la naturaleza de las bonificaciones en comento.

Lo anterior toda vez, que mediante el Decreto reglamentario por el cual se ajustan anualmente los salarios y prestaciones, no se puede pretender que el Gobierno Nacional realice una exposición al detalle, reproduciendo cada año la totalidad del régimen salarial y prestacional.

Aunado a lo anterior, se comparte la apreciación del Departamento Administrativo de la Función Pública, que al contestar la demanda, afirmó que el Decreto 1391 de 2010, contiene el régimen general de los servidores Ministerio Público, en el que no todos son beneficiarios de las bonificaciones en cita.

Visto lo anterior, concluye la Sala que la bonificación por compensación sí se tiene en cuenta en el ingreso base de liquidación para efectos pensionales, para los servidores del Ministerio Público, que son destinatarios del Decreto 610 de 1998 al igual que los funcionarios de la rama judicial previstos en dicho decreto. Ahora bien en lo que toca con el Decreto 4040 de 2004, que creó la bonificación por gestión judicial, si bien fue declarado nulo por esta Corporación, lo que implica que actualmente solo está vigente la bonificación



por compensación, se aclara que en todo caso para responder la solicitud de nulidad de la demanda, que la bonificación por gestión judicial si se tenía en cuenta para efectos pensionales.

En este orden de ideas y según el alcance que la Corte Constitucional ha establecido del artículo 280 de la Constitución Política, el cual propende por una equiparación u homologación entre los agentes del Ministerio Público y los jueces o Magistrados ante los cuales ellos actúan, según se consideró en sentencias C- 245 de 1995, C-146 de 2001 y C-101 de 2013, concluye la Sala que el constituyente primario previó que se debe dar el mismo tratamiento en materia de calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones, a los agentes del Ministerio Público frente a los jueces ante los cuales actúan.

Así, el Gobierno Nacional a través de los Decretos 610 de 1998 y 4040 de 2004 (declarado nulo) desarrolló el mandato constitucional del artículo 280, pues ambos decretos tienen como destinatarios a los Agentes del Ministerio Público y a los Magistrados ante los cuales actúan, en consecuencia, como las bonificaciones en comento sí se tienen o se tuvieron en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de las pensiones, se considera que no existe una violación del derecho a la igualdad por este aspecto.

Así las cosas, no asiste la razón al actor, quien estima que el artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 excluye las citadas bonificaciones como factores de liquidación de las pensiones, por ende se concluye que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de la norma demandada.



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

F A L L A

PRIMERO.- SE DECRETA probada la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por la Procuraduría General de la Nación y se declaran no probadas las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa e indebida escogencia de la acción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO.- SE NIEGA la nulidad del artículo 21 del Decreto 1391 de 2010 “*Por el cual se dictan normas sobre régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo*” proferido por el Presidente de la República, el Ministro del Interior y de Justicia, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, frente al cargo expuesto por el actor y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

