

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

RADICACION No. : 564

FECHA : Diciembre 15 de 1993

MAGISTRADO PONENTE : Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

<TEMA : Aporte parafiscal - Deducciones por salarios>

<TESIS - Relatoría Consejo de Estado>.

AUDITOR DE GUERRA SUPERIOR-Requisitos / JURISDICCION PENAL MILITAR / PERSONAL ADSCRITO-Régimen Salarial / PRIMA ESPECIAL / FACTOR SALARIAL / APORTE PARAFISCAL / ANALOGIA-Improcedencia

No existe incongruencia entre los requisitos exigidos en el artículo 323 para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar en relación con los contemplados en el artículo 361 para ser Auditor de Guerra Superior; y por tanto para acceder a este último cargo se deben reunir los requisitos del artículo [361](#) exigidos por el Código Penal Militar. En cuanto a si la prima especial creada y reconocida por la ley 4 de 1992 y decretos 51 y 57 de 1993 constituye o no factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta, por razones ya expuestas. Autorizada su publicación el 28 de diciembre de 1993.

FUENTE FORMAL: ARTS. 323-361 C. PENAL MILITAR; ARTS. [116](#), [221](#), [150](#)-19 C.P.; ART. 1 LEY 153 DE 1887; LEY 4a. / 92; DECRETOS 51 Y 57 / 93;

<ENCABEZADO DE LA PROVIDENCIA>.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR ROBERTO SUAREZ FRANCO

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Radicación No 564

Referencia: Consulta del Ministerio de Defensa relacionada con la prima especial reconocida por los decretos 51 y 57/93 y ley 4a/92, si ésta constituye factor salarial para efectos de liquidación de prestaciones sociales para el personal adscrito a la Jurisdicción penal militar.

El señor Ministro de Defensa, doctor Rafael Pardo Rueda, formula a la Sala la consulta en los siguientes términos textuales:

"A. El artículo [323](#) del Código Penal Militar consigna los requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar; por su parte el artículo 361 de la misma obra, consagra los

requisitos para ser Auditor de Guerra Superior.

"Artículo 323. - Requisitos. Para ser magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar, se requiere: ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de 30 años de edad, gozar de buena reputación y, además, llenar por los menos uno de los siguientes requisitos:

1. Haber sido magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar o, de Distrito Judicial -Sala Penal -, por un tiempo no menor de dos (2) años, y que no se encuentre en la edad de retiro forzoso.
2. Haber sido Auditor Superior o Auditor Principal de Guerra por más de cuatro (4) años, o Auditor Auxiliar o Juez de Instrucción Penal Militar por un tiempo no menor de seis (6) años.
3. Ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, con título de abogado obtenido por lo menos cuatro (4) años antes de la elección, y haber desempeñado cargos de Juez de Instrucción o Auditor de Guerra dentro de la organización de Justicia castrense, por un tiempo no menor de cinco (5) años.

PARAGRAFO. - Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo al Comandante General de las Fuerzas Militares.

"Artículo 361. - Requisitos, Para ser auditor de guerra superior se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.
2. Haber sido auditor de guerra principal por un término superior a tres (3) años.

Para ser auditor de guerra principal se requiere

1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.
2. Haber sido auditor de guerra auxiliar o juez de Instrucción penal militar, por un término no menor de tres años.

Para ser auditor de guerra auxiliar se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado o haber terminado estudios de derecho en una facultad aprobada por el Gobierno Nacional.

Para ser juez de instrucción penal militar se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado. Para su designación, además de las condiciones anteriores, se preferirá a quien hubiere aprobado cursos académicos de especialización en ciencias penales o criminológicas por un tiempo no menor de un (1) años, o desempeñando el cargo de juez de instrucción, por un término no menor a dos (2) años".

Se consulta a esa Honorable Corporación, si existe alguna incongruencia en los requisitos exigidos en el artículo 323, en relación con los contemplados en ' el 361, arriba citados, en el sentido que siendo mayores los requisitos y calidades para ser auditor de guerra superior (art. 361) que para ser fiscal o magistrado del Tribunal Superior Militar (art. 323), se puede acceder al cargo de auditor de guerra superior reuniendo los requisitos de un cargo de mayor jerarquía, para

el caso concreto los de magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar.

Lo anterior, con base en una petición tramitada por parte de la Auditoría Principal de Guerra - Inspección General - Policía Nacional - de Santafé de Bogotá D.C. ante la Dirección General de, la Policía Nacional, en la que se consigna como argumentos que debe buscarse la aplicación de la máxima "donde se puede, lo más se puede lo menos", para significar que si se reúnen requisitos para un cargo de mayor jerarquía, se puede acceder al de menor, aún que los de este último sean más gravosos, y, además, que se de aplicación a las normas sobre hermenéutica consagradas en el Código Civil, en especial sus artículos [26](#) y [27](#).

Expresa la referida solicitud que: ".. si existe incongruencia entre lo expresado en el artículo Código Penal Militar y lo determinado en el artículo [361](#) de la misma obra castrense, atentando contra la armonía que debe imperar en las leyes y principios básicos de derecho como la equidad y la igualdad, es preciso que, el H. Consejo de Estado, con base en la norma del artículo 5o. de la ley 153 de 1887, que establece que: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes", clarifique si, todos los funcionarios que reúnan los requisitos para ser Magistrados o Fiscales del Tribunal Superior, a más de los Auditores de Guerra Principales con más de tres años en el cargo, pueden ser nombrados Auditores de Guerra Superiores o solo están en condiciones de acceder a este cargo los encasilla dos en el artículo 361 del Código, Penal Militar".

B. En segundo lugar se solicita al H. Consejo de Estado, conceptúe si la prima especial reconocida según los decretos 51 y 57 de 1993 y la Ley 4 de 1992, constituye factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales del personal adscrito a la Jurisdicción Penal Militar.

Lo anterior con fundamento en el pronunciamiento proferido por esta Alta Corporación, Sala de Consulta Y Servicio Civil, de fecha 13 de marzo de 1992, Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas, radicación No.435, tema: base salarial para liquidar el aporte patronal del 3% con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

LA SALA CONSIDERA.

I- La justicia penal militar.

1. - De conformidad con lo dispuesto por el artículo [116](#) de la Constitución, la Justicia Penal Militar "administra justicia", además de otros organismos que se citan en la disposición.

El artículo [221](#) de la Carta, establece el fuero penal militar, en los siguientes términos: "De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

2. - Mediante decreto 2550 de 1988, el Gobierno expidió el Código Penal Militar vigente; particularmente en el título H estableció lo relativo a, la jurisdicción y competencia.

En el artículo 323 del Código citado se exigen como requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar: "Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad, gozar de buena reputación y, además, llenar por lo menos uno de los siguientes requisitos:

"1. Haber sido Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar o de Distrito Judicial -Sala Penal -, por un tiempo no menor de dos (2) años, y que no se encuentre en la edad de retiro forzoso.

"2. Haber sido Auditor Superior o Auditor principal de guerra por más de cuatro (4) años, o Auditor auxiliar o Juez de Instrucción Penal Militar por un tiempo no menor de seis (6) años.

"3. Ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, con título de abogado, obtenido por lo menos cuatro (4) años antes de la elección, y haber desempeñado cargos de Juez de, Instrucción o Auditor de Guerra dentro de la organización de la justicia castrense, por un tiempo no menor de cinco (5) años.

"Parágrafo. - Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo al Comandante General de las Fuerzas Militares".

El Tribunal Superior Militar tiene competencia para conocer los siguientes asuntos:

" 1. En primera instancia de los procesos penales militares que se adelanten contra jueces de instrucción penal militar y auditores de guerra, por los delitos, cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellos.

"2. De la consulta y de los recursos de apelación y de hecho en los procesos penales militares.

"3. De los conflictos de competencia que se susciten entre funcionarios de la jurisdicción penal militar.

"4. De los impedimentos y recusaciones de los jueces de primera instancia y funcionarios de instrucción penal militar.

"5. De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales militares" (art. [320](#) Código Penal Militar).

Por su parte, el artículo 35-8 del mismo estatuto, le asigna como funciones a los auditores de guerra superior, principal y auxiliar, las siguientes: servir de "asesores jurídicos de los jueces de primera Instancia deben rendir los concepto que ellos le soliciten, elaborar los proyectos de decisión y asesorar los consejos verbales de guerra".

"Todos sus proyectos y conceptos deben ir firmados y no son de forzosa aceptación".

Los requisitos para ser Auditor de Guerra Superior, según el artículo 361 son:

"1. Ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años de edad y ser abogado titulado.

"2. Haber sido Auditor de Guerra principal por un término superior a tres (3) años".

3. - Con la consulta se formula una presunta incongruencia entre los requisitos exigidos por el artículo 323 y los enumerados por el artículo 361, ambos integrantes del Código Penal militar.

La primera de las normas citadas se refiere a aquellos requisitos legalmente exigidos para ser nombrado Magistrado o Fiscal de Tribunal Superior Militar; la segunda disposición mencionada determina los requisitos necesarios para ser designado Auditor de Guerra Superior. Dichos requisitos están taxativamente enumerados, lo cual no permite dudas sobre su aplicación.

El artículo 1o. de la ley 153 de 1887 consagra que: "siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre la ley anterior y la ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo", las autoridades de la república y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes.

De la norma transcrita se deduce que en ella se contemplan tres situaciones fundamentales referidas a la interpretación de la ley:

- 1a. Incongruencia entre las disposiciones legales,
- 2a. Oposición entre una ley anterior y una ley posterior
- 3a. Tránsito del derecho antiguo al nuevo.

La consulta de cuyo estudio se ocupa la Sala se relaciona con la primera de estas situaciones: la incongruencia.

La incongruencia entre dos disposiciones legales contempla una de rogación por incompatibilidad. Ello suele ser consecuencia de una falta de conformidad en su extensión, en su aspecto conceptual o en el alcance en el tiempo. Pero se da cuando dos o más disposiciones se refieren a un mismo asunto, valer decir, a una misma materia. Si la incongruencia es clara por cuanto ambos textos legales se refieren a un mismo asunto, la ley anterior habrá dejado de existir. Pero si la incongruencia puede salvarse mediante interpretación jurídica haciendo de los textos un conjunto armónico, no habrá - entre ellos incompatibilidad, ni derogación.

En el caso planteado la Sala observa que la incongruencia no se presenta por cuanto las disposiciones citadas se refieren a situaciones jurídicas diversas: en la primera se contemplan los requisitos para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar y en la otra los requisitos para ser nombrado como Auditor de Guerra Superior.

Por otra parte, es menester tener en cuenta que tales disposiciones forman parte del derecho público de la Nación y están precisando los requisitos para desempeñar ciertos cargos públicos fijados en la ley.

En síntesis, la Sala no encuentra que se configure incongruencia entre las dos disposiciones de cuyo estudio se ha ocupado.

Si se llegare a presentar tal incongruencia. como la plantea la consulta ello solo podría ser solucionado mediante una reforma de carácter legal.

4. - Además la jurisdicción penal Militar que es especial, en tratándose del cargo de Auditor de Guerra Superior no establece alternativas ni señala equivalencias: la norma es clara al exigir para su desempeño, ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta (30) años, ser abogado titulado y haber sido Auditor de Guerra principal por un término superior a tres (3) años.

Son esos los requisitos que debe cumplir quien acceda al cargo de Auditor de Guerra Superior.

II- Naturaleza de la prima especial al personal adscrito a la jurisdicción penal militar.

1. - La Constitución Política le otorgó al Congreso en el artículo [150](#) la atribución de hacer las leyes y específicamente, en el numeral 19 le concedió la función de:

"Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para distintos efectos. En el literal e) del artículo citado se concreta esta función así: "fijar el régimen salarial prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

2. - En desarrollo del citado precepto constitucional, el Congreso expidió la ley 4a. de 1992, por la cual se señalan, entre otros, normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Tal estatuto legal en su artículo 2o. impone al Gobierno Nacional el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales. Por su parte en el artículo 14, se ordena: "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público, delegados, ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993..."

"Parágrafo. - Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad". (subraya la Sala).

3. - El régimen salarial y prestacional de la justicia Penal Militar está consagrado en los decretos 51 y 57 de 1993, y en ellos se reglamenta la prima especial, así:

a) En el artículo 9o. del decreto 51 de 1993 se dispone: "Los funcionarios a que se refiere el artículo 14 de la ley 4. de 1992, con excepción de los señalados' en el parágrafo de dicho artículo, tendrán derecho a percibir, a partir del 1o. de enero de 1993, una prima especial, sin carácter salarial equivalente al treinta por ciento (30%) del salario básico. La prima a que se refiere el presente artículo, es incompatible con la prima a que hace referencia el artículo 7o. del presente decreto". (subraya la Sala).

b) El decreto 57 de 1993, en su artículo 6. expresa: "En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 4'. de 1992, se considerará como prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual de los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, de los Jueces de la República, de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar" (subraya la Sala).

De otra parte, se observa que el concepto proferido por esta Sala, el 13 de marzo de 1992 (radicación No. 435), no puede aplicarse al caso de la prima especial creada por la ley 4a. de 1992, ya que en él, se hace referencia exclusivamente al concepto de vacaciones como factor salarial para liquidar el aporte patronal del 3% con destino al ICBF; por tanto no puede hacerse uso de la analogía, para la prima en mención ya que como quedó expresado antes, la misma ley le quitó a ésta en forma expresa, el carácter salarial.

4 -No obstante lo anterior se requiere previamente resolver sobre la constitucionalidad de la ley 4. De 1992 y sobre la legalidad de los decretos 51 y 57 de 1993 en lo referente a la prima especial como factor salarial.

Existe actualmente controversia judicial sobre la naturaleza jurídica en cuanto a si la prima especial constituye o no factor salarial, lo que impide un pronunciamiento de fondo por parte de la Sala.

LA SALA RESPONDE.

A) No existe incongruencia entre los requisitos exigidos en el artículo 323 para ser Magistrado o Fiscal del Tribunal Superior Militar en relación con los contemplados en el artículo 361 para ser Auditor de Guerra Superior; y por tanto para acceder a este último cargo se deben reunir los requisitos del artículo [361](#) exigidos por el Código Penal Militar.

B) En cuanto a si la prima especial creada y reconocida por la ley 4a. de 1992 y decretos 51 y 57 de 1993 constituye o no factor de salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, la Sala no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la consulta, por razones ya expuestas.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Defensa Nacional.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Defensa Nacional y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

HUMBERTO MORA OSEJO,

Presidente de la Sala;

JAIME BETANCUR CUARTAS,

JAVIER HENAO HIDRON,

ROBERTO SUAREZ FRANCO.

ELIZABTEH CASTRO REYES,

Secretaria de la Sala,

Autorizada su publicación el 28 de diciembre de 1993.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo