

SUSPENSION PROVISIONAL – Medida cautelar / SUSPENSION PROVISIONAL – Apreciación de las pruebas allegadas con la solicitud / SUSPENSION PROVISIONAL – No estudiara de fondo

En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que 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”. Como lo destacó esta Corporación en un pronunciamiento anterior proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), para la suspensión provisional se prescindió de la “manifiesta infracción” hasta allí vigente y se interpretó que, “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 CPACA – ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 CPACA – ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 CPACA – ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 CPACA – ARTICULO 233

SISTEMA DE NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Suspensión provisional / FACULTAD REGLAMENTARIA – Se desbordo al crear la adición a la nomenclatura y clasificación / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Contralor auxiliar

De lo expuesto surge la violación alegada, motivo por el cual decretará la medida cautelar solicitada, suspendiendo, mientras se adelanta el proceso, los efectos de los artículos 1º y 3º del Decreto reglamentario 1540 de 2012, acto administrativo demandado. Lo anterior con base en los siguientes razonamientos: Porque se expresa que está adicionando el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de la Contraloría General de la República, expedido mediante decreto extraordinario. Porque la Ley 573 de 2000 concedió facultades al Presidente para “Modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.” Dicho sistema está previsto en el decreto Ley 269 de 2000 “*por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.*” expedido en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 10. de la Ley 573

del 7 de Febrero de 2000 y, oído previamente el concepto del Contralor General de la República. Luego por virtud del decreto demandado 1540 de 2012, artículos 1º y 3º el Presidente resolvió crear en el Nivel Directivo bajo el esquema de adición a la nomenclatura y clasificación, dentro de la estructura y organización de la Contraloría General de la República el empleo de Contralor Auxiliar, no previsto en el Decreto Ley 269 de 2000. Porque el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ...11.- Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Esta potestad no se advierte desarrollada al amparo de la ley 4ª de 1992, “Mediante la cual se señalan las 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 y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1540 (17 JULIO) DE 2012 – ARTICULO 1 (SUSPENDIDO) / DECRETO 1540 (17 JULIO) DE 2012 – ARTICULO 3 (SUSPENDIDO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUB SECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)

Actor: ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - ASCONTROL

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Medio de control de simple Nulidad / Suspensión Provisional

Procede el Despacho a decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por el demandante, una vez surtido el traslado

ordenado por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, previas las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de simple nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011¹, la persona jurídica ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - ASCONTROL, por conducto de su presidente² y secretario general³, actuando en causa propia, solicita la anulación de los artículos 1 y 3 del Decreto 1540 del 17 de julio de 2012, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual fue adicionado el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos de la Contraloría General de la República.

Dentro de la demanda y en acápite separado, al abrigo de los artículos 230 y 231 de la mencionada Ley 1437, pide como medida cautelar la suspensión provisional de los apartes citados del acto acusado⁴, afirmando que, si bien es cierto que el Presidente de la República contaba con las expresas facultades generales otorgadas por la Ley 4 de 1992 para la expedición del Decreto acusado, también lo es que por él está introduciendo una adición al sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleados de la Contraloría General de la República, para lo cual no contaba con autorización expresa, abrogándose una atribución que le corresponde al Congreso de la República, ya que los efectos del decreto objeto de controversia adicionan el Decreto 269 de 2000 que tiene fuerza de Ley.

Aduce como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 121, 122, 150, numerales 7, 19-e y 23, y 189 numerales 11 y 14 de la Constitución Nacional y la Ley 4 de 1992, afirmando frente a todas ellas que el Gobierno Nacional no contaba con facultades expresas para modificar un Decreto-Ley como lo es el 269 de 2000.

II. TRÁMITE

¹ Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

² Carlos Abel Saavedra Zafra.

³ Carlos Augusto Ramírez del Castillo.

⁴ Folios 34 y 35 del cuaderno principal, 15 y 16 del presente cuaderno de medidas cautelares.

Surtido en debida forma el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del inciso 2º del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, acorde con el informe Secretarial visible al folio 40 del presente cuaderno, la entidad demandada, dentro de la oportunidad debida, allegó escrito⁵ por el cual solicitó pronunciamiento adverso a las súplicas del demandante, aduciendo, en resumen, que el Gobierno Nacional actuó dentro del marco legal y constitucional en lo que concierne al ejercicio de sus funciones, refiriendo en concreto que la Ley 4ª de 1992, que sirve de sustento jurídico al acto acusado, le atribuyó la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de varios grupos de servidores del Estado, dentro de los que se encuentran los que conforman la Contraloría General de la República.

Por su parte el Ministerio de Hacienda refiere a que el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución indica que el Gobierno nacional fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de acuerdo con los parámetros fijados por una ley marco dictada por el Gobierno para este caso la ley 4 de 1992. Estima que no existe motivo alguno que justifique un tratamiento diferencial en materia de fijación de salarios y prestaciones para los empleados de la Contraloría general de la República. Por el contrario, resulta más técnico que en un asunto en el cual juegan variables de orden económico el Congreso de la República determine las reglas genéricas y el Gobierno nacional las reglas más concretas que año a año fijen el régimen salarial y prestacional de los mencionados funcionarios.⁶

III. SE CONSIDERA

Sea lo primero advertir que este Despacho es competente para decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado, dado que será decretada, por aplicación de lo previsto en el artículo 125, en armonía con el artículo 233-3 de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con lo previsto por el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre

⁵ Folios 33 a 39 del presente cuaderno.

⁶ Folios 28-29

estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas allegadas con el libelo, sin necesidad de profundos razonamientos.

Las disposiciones cuya suspensión provisional se impetra, son del siguiente tenor:

“DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DECRETO NÚMERO 1540 DE 2012

17 Jul 2012

Por el cual se adiciona el Sistema de Nomenclatura, Clasificación y Remuneración de los de la Contraloría General de la República.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4^a de 1992,

DECRETA:

ARTICULO 1. Adiciónase el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República de que trata el Decreto 269 de 2000, así:

NIVEL DIRECTIVO	
DENOMINACION DEL EMPLEO	GRADO
Contralor Auxiliar	-

ARTICULO 2. Fíjase para el empleo de Contralor Auxiliar una remuneración mensual de Dieciocho millones sesenta y un mil cuatrocientos setenta y ocho pesos (\$18.061.478), *mlcte*, distribuida así:

CONCEPTO	VALOR MENSUAL
Asignación Básica	\$ 5.625.888
Gastos de Representación	\$ 5.625.888
Prima Técnica	\$ 3.755.631
Prima de Alta Gestión	\$ 3.054.071

La prima técnica y de alta gestión de que trata este artículo no constituyen factor salarial para ningún efecto legal.

ARTÍCULO 3. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y adiciona en lo pertinente los decretos 269 de 2000 y 837 de 2012.

PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D. C., a los 17 julio de 2012”.

En orden a resolver la solicitud de suspensión provisional de las disposiciones resaltadas transcritas, son indispensables las siguientes precisiones:

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establece la ley.

El CPACA señala la procedencia de las medidas cautelares (art. 229), su finalidad y alcance (art. 230), lo mismo que los requisitos para solicitarlas (art. 231) y el trámite para decretarlas (art 233).

En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que 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*”.

Como lo destacó esta Corporación en un pronunciamiento anterior proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), para la suspensión provisional se prescindió de la “*manifiesta infracción*” hasta allí vigente y se interpretó que, “la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al

juez administrativo a realizar el *análisis* entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a *estudiar* las pruebas allegadas con la solicitud”⁷. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello habilita al juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

El caso concreto.

Examinada la solicitud de suspensión provisional, se señala que con la expedición del decreto 1540 de 2012 el Presidente de la República adicionó el decreto Ley 269 de 2000 que establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, este acto administrativo es expedido invocando las normas generales contenidas en la ley 4ª de 1992.

La parte actora advierte que si se revisa el contenido de la ley -4ª de 1992- con lo dispuesto en el Decreto, aunque determina el régimen salarial y prestacional de los empleos de la Contraloría General de la República, el señor Presidente adicionó el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos del referido ente de control fiscal, sin contar con las facultades que debió haberle otorgado para el efecto, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, ya que está abrogándose unas atribuciones que el Constituyente sólo le otorgó al Congreso de la República en el artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, cual es la expedición de las leyes y su correspondiente modificación o adición, además que vulnera el numeral 11 del artículo 189, en el entendido de que utilizó la facultad reglamentaria para adicionar una Ley de la república como lo es el Decreto Ley 269 de 2000.

En este caso, no es necesario hacer valoraciones probatorias, ya que para realizar el referido análisis basta con una confrontación de los artículos demandados con las normas superiores invocadas por el actor.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

En efecto, de lo expuesto surge la violación alegada, motivo por el cual decretará la medida cautelar solicitada, suspendiendo, mientras se adelanta el proceso, los efectos de los artículos 1º y 3º del Decreto reglamentario 1540 de 2012, acto administrativo demandado. Lo anterior con base en los siguientes razonamientos:

- Porque se expresa que está adicionando el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de la Contraloría General de la República, expedido mediante decreto extraordinario.

- Porque la Ley 573 de 2000 concedió facultades al Presidente para “Modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”

Dicho sistema está previsto en el decreto Ley 269 de 2000 “*por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.*” expedido en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1o. de la Ley 573 del 7 de Febrero de 2000 y, oído previamente el concepto del Contralor General de la República.

Luego por virtud del decreto demandado 1540 de 2012, artículos 1º y 3º el Presidente resolvió crear en el Nivel Directivo bajo el esquema de adición a la nomenclatura y clasificación, dentro de la estructura y organización de la Contraloría General de la República el empleo de Contralor Auxiliar, no previsto en el Decreto Ley 269 de 2000.

- Porque el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ...11.- Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Esta potestad no se advierte desarrollada al amparo de la ley 4ª de 1992, “Mediante la cual se señalan las 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 y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

Si bien es cierto la norma demandada se fundamenta en la ley 4ª de 1992 es posible deducir que el Gobierno Nacional se ha extralimitado en su potestad reglamentaria, porque las normas generales de la ley 4ª de 1992 no habilitan tal desarrollo reglamento.

Lo anterior por cuanto el acto acusado se fundamentó en la Ley 4ª de 1992, que textualmente en sus artículos 1 a 4º, expresa:

ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y **la Contraloría General de la República;**
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

(...)

ARTÍCULO 3o. **El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.**

ARTÍCULO 4o. Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2o. el Gobierno Nacional, ~~{dentro de los primeros diez días del mes de enero}~~ de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.

Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados.

~~{Los aumentos que decreta el Gobierno Nacional conforme a este artículo, producirán efectos fiscales a partir del primero de enero del año respectivo⁸}. – entre corchetes inexequible-~~

Estas normas son las que contienen lo atinente a los criterios y objetivos para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública, entre ellos los de la Contraloría General de la República lo que no implica que la potestad reglamentaria pueda superar esos límites.

Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado respecto de la potestad reglamentaria señalando que:

*“Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. En ese contexto, ha de entenderse que **las potestades a que alude el artículo constitucional anteriormente transcrito, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la***

⁸ Corte Constitucional **Sentencia C-710/99**. Artículo 4º CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE; apartes tachados INEXEQUIBLES

Ley, apartándose de su sentido original y auténtico⁹ (negrillas fuera de texto).

Visto lo anterior y dado el marco constitucional y legal que encuadra los artículos demandados del Decreto reglamentario cuestionado en el presente proceso, puede concluirse que los artículos 1º y 3º a cuyos textos se circunscribe la demanda de nulidad, y cuya razón de ser no puede ser superada por la medida cautelar solicitada, deben ser suspendidos provisionalmente, pues del análisis efectuado surge que adicionar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República de que trata el Decreto Ley 269 de 2000, parece contrario al conjunto de disposiciones superiores en que se debía fundamentar.

Se reconocerá personería para actuar en este proceso al abogado designado por la entidad accionada, acorde con el escrito que reposa al folio 30 del presente cuaderno.

Por tal virtud, el Despacho

RESUELVE:

1.- DECRETAR la medida cautelar de **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del acto administrativo acusado, en sus artículos 1º y 3º elevada por los ciudadanos ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - ASCONTROL Y DIEGO FERNANDO PEÑA PEÑA, acorde con lo explicado en la motivación anterior.

2.- RECONOCER al abogado CAMILO ESCOVAR PLATA, con c.c. No. 19.313.710 de Bogotá y T.P. No. 50.213 del C.S.J., como apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos del poder conferido, obrante al folio 30 del presente cuaderno.

COPIESE y NOTIFÍQUESE

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 2 de septiembre de 2010, Rad. No.: 11001-03-24-000-2007-00265-00. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Consejero Ponente