



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación N° 11001 03 25 000 2014 00307 00
Actor: CLAUDIA MERCEDES MONROY PATIÑO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
No. Interno: 0914 – 2014

Autoridades Nacionales

Medida Cautelar de Suspensión Provisional

De conformidad con los artículos 125 y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) procede el Despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, la señora Claudia Mercedes Monroy Patiño obrando en nombre propio, solicita declarar la nulidad de los artículos 1º y 4º del Decreto 1336 de 2003, proferido por el Presidente de la República *“Por medio del cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”*

Dentro del escrito de la demanda, la actora solicita como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo demandado y la sustenta en los siguientes términos:

“....se sirva decretar la SUSPENSIÓN PROVISIONAL, de los artículos primero (1º) y cuarto (4º) del Decreto 1336 de 2003, por cuanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, como Entidades del Estado que forma parte del Gobierno Nacional, al expedirlos, violaron los PRINCIPIOS [de] LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, establecidos en los artículos 13, 189 numeral 11 y 209 de nuestra Carta Constitucional, la ley 909 de 2004, especialmente los PRINCIPIOS DE IGUALDAD, DE MERITO, PROPORCIONALIDAD, RAZONALIDAD Y DE INCENTIVOS LABORALES, adicionalmente POR EXCEDER LOS CRITERIOS Y OBJETIVOS SEÑALADOS EN LA LEY CUARTA (4º) DE 1992, tales como los principios de EQUIDAD, IGUALDAD, IRREVERSIBILIDAD DE LOS BENEFICIOS LABORALES, EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS A LOS SERVIDORES DEL ESTADO Y EL NO DESMEJORAMIENTO DE SUS SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, lo cual se puede verificar con una simple confrontación directa de la norma acusada de nulidad por inconstitucionalidad, con los artículos 1, 2, 13, 40, 125, 209, 237 y 334 de la Carta Política, y de la ley 909 de 2004, y los artículos primero (1º) y segundo (2º) de la ley 4 de 1992, señaladas anteriormente.”

Mediante auto del 28 de agosto de 2014 se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional presentada por la demandante al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

Dentro del término de traslado previsto en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, la apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública emitió pronunciamiento frente a la solicitud de suspensión provisional de los artículo 1º y 4º del Decreto 1336 de 2003 manifestando que en el presente caso no procede el decreto de la medida cautelar por las siguientes razones:

El Gobierno Nacional es competente para determinar a qué empleos asigna la denominada prima técnica, sin que esto constituya un indebido ejercicio de sus competencias o implique la vulneración del derecho a la igualdad, pues

este se predica entre iguales y no se encuentra en la misma situación fáctica ni jurídica los asesores de carrera y los de libre nombramiento y remoción.

Las condiciones que fueron establecidas en el Decreto 1336 de 2003 para percibir la prima técnica tienen como finalidad atraer y a mantener al servicio de los despachos de los Ministros, Viceministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y Directores de Unidades Administrativas Especiales o sus equivalentes a Asesores con reconocidas calidades personales y profesionales, que puedan asistir y asesorar con eficiencia a las mencionadas autoridades administrativas en la formulación de políticas institucionales y la adopción de planes, programas y proyectos, es decir, especialistas que en el ejercicio de empleos de libre nombramiento y remoción puedan ser consultados en los temas inherentes y específicos a los cargos del nivel directivo, cuyo ejercicio supone un grado especial de confianza que conlleva ese tipo de funciones; situación que no ocurre con los Asesores de carrera administrativa que pertenecen a la planta global y cumplen labores de asesoría a los titulares de otros empleos también pertenecientes a la planta global, quienes realizan labores connaturales al nivel profesional, con una mejor remuneración, pero que contrario a los asesores de libre nombramiento y remoción, no son atraídos al servicio por una prima técnica a la cual no tienen derecho, toda vez, que acceden al servicio por medio de un concurso de méritos abierto y realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil esto es, una entidad diferente a donde se van a ejercer las funciones, por lo que su estabilidad laboral deriva de la carrera administrativa con las garantías que esta le otorga.

Reitera que la existencia de la prima técnica, señalada en el Decreto 1336 de 2003, a favor de los asesores de los despachos de los Ministros, Viceministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y Directores de Unidades Administrativas Especiales o sus equivalentes, no puede ser extendida por el Gobierno Nacional al personal de asesores de la planta global que ejercen su cargo con derechos de carrera administrativa, pues ello no se

desprende de las normas constitucionales consideradas vulneradas por la actora y los artículos demandados, así que la regulación de la prima técnica en la manera como fue establecida en los textos acusados, no constituye una discriminación que comporte la violación del principio de igualdad.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante memorial visible de folios 41 a 46 se pronunció frente a la medida cautelar deprecada; el cual no será tenido en cuenta por haber sido presentado fuera del término establecido en la ley.

CONSIDERACIONES

Competencia

Este Despacho es competente para decidir la petición de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 125 y 233 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un proceso de única instancia.

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto de admisión de la demanda o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada**, puede el juez o magistrado ponente decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, **provisionalmente**, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

La norma en forma expresa señala que la decisión sobre la medida cautelar

no implica **prejuzgamiento**.

A su vez el artículo 230 del mismo Código establece que tales medidas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda; esta norma en su numeral tercero prevé la posibilidad de “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”.

Conforme al artículo 231 ibídem, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones que se invoquen en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando la vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores cuya violación se deprecia o del estudio de las pruebas que se alleguen con la solicitud.

***“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** 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 el presente caso, la ciudadana Claudia Mercedes Monroy Patiño, solicitó la suspensión provisional de los artículos 1º y 4º del Decreto 1336 de 2003 proferido por el Presidente de la República y por medio del cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado, sin embargo y no obstante el extenso escrito de la demanda, no realizó una verdadera confrontación de las normas que considera violadas con el acto acusado, sino que presentó argumentos de inconformismo por la manera como fue asignada la prima técnica, al limitar su otorgamiento a los empleos

del nivel asesor adscritos a los Despachos de la Alta Dirección de la Administración Pública Nacional, que corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción, excluyendo a los asesores pertenecientes a carrera administrativa.

Al respecto dirá el despacho, que si bien es cierto, de la manera como fueron concebidas las medidas cautelares en el nuevo código, la petición de las mismas no requiere formalidades especiales, ello no implica que se convierta en carga del juez estudiar desde el inicio del proceso para determinar cuáles son las consecuencias que produce un acto administrativo, liberando a los demandantes de sus deberes mínimos, como es confrontar las normas que considera vulneradas son el acto acusado, como lo ordena los artículos 229 y s.s. del C.P.A.C.A.

No obstante, y en gracia de discusión, pese a que la demandante no hace un estudio específico de las normas que considera violadas, ni sustenta de forma expresa la vulneración de normas superiores, procede el despacho a analizar los artículos acusados frente a los argumentos invocados en el concepto de violación de la demanda.

Es importante señalar que la prima técnica fue creada como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección y de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo.

Alega la actora, que se vulnera el principio de igualdad entre funcionarios de un mismo nivel, como es el de Asesores, por cuanto el incentivo de Prima Técnica solo lo es para los asesores de libre nombramiento y remoción,



desconociendo así el derecho que tienen a esta prima los asesores de carrera administrativa.

Al respecto, lo primero que se debe señalar es que existen marcadas diferencias entre el régimen de administración de personal que se aplica a los empleos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción incluido el cargo de asesor, una de ellas y quizás la más relevante es la estabilidad laboral con que cuentan los empleados pertenecientes a carrera administrativa y su forma de vinculación a la entidad, que es mediante concurso de méritos; así mismo, tienen la posibilidad de ser encargados de otros empleos de superior jerarquía, así como el derecho que se les otorgue comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento remoción y, en caso de supresión del cargo o de reestructuración pueden optar por la incorporación o la indemnización, privilegios con que no cuentan los empleados de libre nombramiento y remoción, es decir, que si bien el cargo tiene el mismo nivel, no se puede afirmar que son iguales y por consiguiente tienen los mismos derechos; además que las funciones que ejercen tampoco son las mismas, perteneciendo los empleados de carrera administrativa a la plata global y los de libre nombramiento a la planta estructural.

Los cargos permanentes de libre nombramiento y remoción de Asesor adscrito a los despachos de Ministro, Viceministro, Director del Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa que tienen derecho a percibir la prima técnica, se deben proveer con personas que tengan altas calidades profesionales, ya que se requieren para ejercer funciones de especial responsabilidad, como asesorar y asistir a las autoridades administrativas y el manejo de consultas en temas innatos a los cargos de nivel directivo, cuyo ejercicio demanda y supone un grado mayor de confianza; lo que no se puede predicar de los cargos de asesor de carrera administrativa, quienes como ya se manifestó si bien no tienen derecho a percibir la prima técnica tienen otros privilegios con los que no cuentan los asesores de libre nombramiento y remoción; por lo que no se estaría en

principio vulnerando el derecho a la igualdad, toda vez, que no se está frente a personas que se encuentran en una misma situación y este derecho se predica entre iguales y la vinculación, retiro, funciones, planta a la que pertenecen son completamente diferentes uno del otro.

Manifiesta la actora como otro de sus argumentos para que se declare la suspensión provisional de los artículos acusados, que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1336 de 2003 se excedió en las facultades legislativas otorgadas por la Ley 4ª de 1992 y que no se respetó el principio de derechos adquiridos.

Con relación a este argumento, es del caso señalar que esta Corporación ya se pronunció sobre estos aspectos en la sentencia del 12 de marzo de 2008, Magistrado Ponente: Dr Gustavo Gómez Aranguren, expediente No. 2006-00069, en la que manifestó:

“...la Sala estima pertinente precisar que la Carta Política de 1991, en lo que concierne con el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, le otorgó al Congreso, en el literal e) del numeral 19 del artículo 150, la potestad de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar dicho régimen.

Fue así como el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, Ley de carácter general, y el Gobierno quedó habilitado para fijar, mediante Decreto, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, pero, debiéndose ajustar a las normas generales, objetivos y criterios que le determine el Congreso al Ejecutivo.

Ahora bien, el Decreto No. 1336 de 2003 “Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”, ahora censurado en sus artículos 1º y 6º, fue expedido por el Presidente de la República, con fundamento en la Ley 4ª de 1992; es decir, se trata de un acto administrativo emitido por el Presidente en desarrollo de una Ley Marco; de tal manera, que dentro del contexto general establecido por dicha Ley, bien puede el Gobierno Nacional señalar regulaciones puntuales que comprendan íntegramente la materia.

No se puede considerar que se produce la derogatoria de la Ley Marco en la que se fundamenta el acto administrativo que la desarrolla, por el hecho de que se proceda al reconocimiento de la Prima Técnica en determinados niveles, toda vez, que el Gobierno Nacional, se encuentra facultado para establecer en

qué niveles se hace necesario atraer o mantener a funcionarios con conocimientos altamente especializados.

Es decir, el Gobierno Nacional, bien puede excluir niveles diferentes al Directivo y al Asesor dentro del grupo de empleados beneficiarios de dicha prima, pues la diferencia de tratamiento, puede establecerse por la autoridad a quien le corresponde considerar los factores que la justifiquen, en ejercicio de la facultad constitucional y legal que le fue conferida; de manera tal, que si es predicable la potestad de modificar el régimen salarial y prestacional, también lo es, la determinar a qué niveles corresponde su pago y bajo qué circunstancias.
(...)

Con relación a la vulneración de los derechos adquiridos a la que hace alusión el actor, debe tenerse en cuenta que por derecho adquirido la doctrina y la jurisprudencia, ha entendido aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, por lo que no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Es así, como el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción. El derecho adquirido al que hace referencia el artículo 58 de la Carta Política, ha de entenderse como una "situación jurídica concreta o subjetiva"¹, que se evidencia cuando el texto legal ha jugado un papel jurídico en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley y es por ello, que los derechos ya reconocidos no sufren ninguna modificación.(subraya el despacho)

Así las cosas, el Despacho no aprecia de ninguna manera la violación pregonada, por lo que no es viable la medida cautelar que se pretende.

En consecuencia, es necesario adelantar el trámite del medio de control de nulidad en su integridad para determinar finalmente la legalidad de los artículos 1º y 4º del Decreto 1336 de 2003.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

DENIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los artículos 1º y 4º del Decreto 1336 de 2003, proferido por el Presidente de la República "Por medio

¹ Corte Constitucional Sentencia C-410 de 1997. Expediente D-1585. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.



del cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado” deprecada por la parte actora.

Reconócese a la doctora Maia Valeria Borja Guerrero como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 26 del cuaderno de suspensión provisional.

Reconócese al doctor Diego Andrés Salcedo Monsalve como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 38 del cuaderno de suspensión provisional.

Notifíquese y cúmplase

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO