

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA TERCERA DE ORALIDAD**

MAGISTRADA PONENTE: YOLANDA OBANDO MONTES

Medellín, veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA	
RADICADO	05001 23 33 000 2016 01665 00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD
DEMANDANTE	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
DEMANDADO	ORDENANZA 033 DE 1974
ASUNTO	DECRETA MEDIDA CAUTELAR

Una vez ejecutoriado el auto, mediante el cual se ordenó correr traslado de la suspensión provisional solicitada por la parte demandante, procede el Despacho a decidir sobre la medida cautelar, teniendo en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en ejercicio del denominado medio de control de Nulidad pretende que se declare la nulidad de la Ordenanza N° 033 de 1974 proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

I. DE LA SOLICITUD Y SU FUNDAMENTO

La parte demandante solicita que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado argumentando que teniendo en cuenta el tiempo de duración que puede tener el presente proceso, la administración debe continuar cancelando la prima de vida cara, la cual, implica una gran transferencia de recursos sin sustento legal, los cuales pueden invertirse en otros rubros.

De esta manera, estima que de no decretarse la suspensión provisional mientras se profiere el fallo, se causaría un perjuicio irremediable a los recursos públicos, teniendo menor impacto la orden de suspender el acto administrativo que la de no hacerlo.

Arguye que, con base a lo descrito en la demanda, a lo cual remite, los actos acusados contradicen abiertamente el principio de legalidad pues no atienden las normas superiores, en específico, el Acto Legislativo 1 de 1968 y los principios de economía, eficacia y eficiencia del gasto público.

II. POSICIÓN DEL DEMANDADO

El DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA luego de referirse a la figura de la suspensión provisional, argumentó que en el caso bajo análisis no se advertía la contradicción de las normas superiores invocadas y que suspender tal acto significaría violar el principio de favorabilidad que cobija a los trabajadores. Señala que la Asamblea Departamental de Antioquia era competente para crear la prima de vida cara pues al ser un elemento constitutivo del salario y no una prestación social, encaja dentro de la facultad contenida en el literal d numeral 5 del artículo 187 de la Constitución de 1886.

Sostiene que la Asamblea Departamental expidió tales actos con fundamento además en la Ley 4ª de 1913 y que el artículo 187 de la Constitución de 1886 no fue derogado por el Acto Legislativo N° 1 de 1968.

Señala que debe observarse el principio de favorabilidad y advirtió sobre la configuración de pleito pendiente.

Se pronunciará el Despacho sobre la suspensión provisional solicitada por la parte actora, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

1. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que antes de notificar el auto admisorio o en cualquier estado del proceso, la parte demandante puede presentar solicitud de medida cautelar y el juez decretar aquéllas que estime procedentes y necesarias para proteger y garantizar en forma provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Al respecto, este nuevo código, incluyó una amplia gama de medidas cautelares, dentro de las cuales se encuentra la que con anterioridad había concebido el derogado Código Contencioso Administrativo, consistente en la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

El artículo 231 establece los requisitos para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, así:

"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..."

Así las cosas, la Ley 1437 de 2011 trae unos cambios significativos para que se pueda decretar la suspensión de los actos administrativos, ya que ahora no solamente se requiere hacer una confrontación con las normas invocadas como transgredidas, sino que también se pueden estudiar las pruebas allegadas con la solicitud de la medida cautelar.

2. El H. Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar las medidas cautelares en el marco de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta las novedades que incluyó esta normativa y delimitando el alcance del estudio que debe realizar el Juez al momento de decidir sobre una solicitud de medida cautelar, así:

"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".¹

De manera que en el marco del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se autoriza al Juez para que desde esta etapa procesal pueda "1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud exige un análisis del acto en relación con las normas invocadas como trasgredidas, y de las pruebas que se alleguen con la demanda"². No obstante, para que pueda decretarse la medida, es importante que para el operador judicial surja la convicción de la trasgresión de las normas en ese estado del proceso, con los elementos que allí obran y sin desconocer que la valoración del fondo pertenece a la fase de juzgamiento.

3. El Despacho advierte que con la Ley 1437 de 2011, lo que se buscó es dotar de efectividad las medidas cautelares, dándole al Juez, mayores herramientas,

¹ 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).

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Bogotá D.C., siete (07) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00066-00

permitiéndole efectuar la confrontación de los actos demandados con las normas indicadas como violadas, y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

El artículo 231 del CPACA señala que *"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"*, por lo cual se procederá a efectuar dicho estudio.

En el caso bajo análisis, la parte actora considera que la norma enfrentada al acto administrativo demandado lo es principalmente el Acto Legislativo N° 1 de 1968, considerando que con el pago de este concepto a los docentes y empleados de la Asamblea Departamental se está violando el principio de legalidad y los principios de economía, eficacia y eficiencia del gasto público, pues la citada Asamblea no tenía competencia para crear este concepto.

Ha sido reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en la cual se señala que las asambleas departamentales y los concejos municipales no están facultados, y por tanto carecen de competencia para establecer el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos, como quiera que ello implica una usurpación de competencias, pues el único competente para ello, por mandato constitucional es el Congreso de la República. En este sentido, la Sección Segunda – Subsección B del H. Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de febrero de 2010³, se pronuncia frente a la competencia de las entidades territoriales para expedir normas que regulen el régimen prestacional y salarial de los empleados del orden territorial, municipal y distrital, y frente a ello inaplicó las ordenanzas del Departamento de Antioquia que regulaban la prima de vida cara y de licenciado por ser inconstitucionales, bajo las siguientes consideraciones:

"Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ordenanza que crea la prestación fue expedida en el año 1973, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, se debe analizar la competencia establecida para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del nivel territorial.

Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante Concepto N° 1393 de 2002, precisó:

a) De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ- Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010).-Radicación número: 05001-23-31-000-2003-2424-01(2702-08)

76.7). Con el Acto Legislativo N° 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (art. 54.5). El artículo 22 de la ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por decreto las prestaciones a pagar a los empleados territoriales. No existía norma, como tampoco ahora, que facultara a las entidades territoriales para establecer prestaciones sociales.

b) A partir del acto legislativo N° 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art.11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles - nacional, seccional o local - tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido - acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas

c) El Acto Legislativo N° 1 de 1968, **clarificó que las Asambleas establecían las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo** (artículo 187 de la Constitución de 1886) **y los gobernadores fijaban sus emolumentos** (artículo 194-9 ibídem). (Negrilla del texto)

De lo anterior se infiere que en virtud del Acto Legislativo 1 de 1968, la Asamblea Departamental de Antioquia no contaba en el año 1973 con la competencia para crear salarios ni prestaciones, pues ésta correspondía exclusivamente al legislador.

Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial, según se estableció en sentencia del Consejo de Estado del 4 de julio de 1991, Radicado N° 4301, Consejera Ponente Clara Forero de Castro, así:

"Es cierto que de acuerdo al artículo 192 de la C.N., las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero también lo es que esa obligatoriedad desaparece si tales ordenanzas o acuerdos pugnan con la Constitución, caso en el cual se impone su inaplicación por quien tenga competencia para ello y con efectos particulares.

(...)

La tesis de la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad respecto de Ordenanzas Departamentales y Acuerdos Municipales, derivada del artículo 192 de la Constitución llevaría a aceptar que mientras una ley puede dejar de aplicarse por ser contraria a la Carta Fundamental, una ordenanza o un acuerdo que no solamente infringen la ley sino también la Constitución que está por encima en el orden jurídico, deben cumplirse inexorablemente hasta tanto por vía de acción no se consiga su nulidad o suspensión.

Razonando de esta manera se estaría, en últimas, dando preferencia a normas de inferior jerarquía, olvidando que la Constitución es la ley de leyes y debe ser respetada no sólo por el legislador sino también por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, los cuales obviamente tampoco pueden desconocer o contrariar la ley."

La Constitución de 1991, retomó estos mismos lineamientos, atribuyendo a las Corporaciones legislativas territoriales la facultad de establecer las escalas de remuneración dentro de los lineamientos generales fijados en la Ley, esto es: nivel, grado y remuneración básica.

(...)

Lo anterior permite concluir que las normas expedidas por la Asamblea Departamental de Antioquia no son aplicables para efectos del reconocimiento de la prima de vida cara solicitada en el sub lite pues fueron expedidas contradiciendo las competencias establecidas tanto en la Constitución de 1886 como en la actual.

Ahora bien, los demandantes alegan que la prima de vida cara es un derecho adquirido, argumento que no es de recibo por cuanto no es posible predicarlo con prerrogativas cuyo fundamento legal es contrario a la Constitución Política".

La Sala acoge tales pronunciamientos, los cuales han sido reiterados⁴ por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, concluyendo entonces que procede la suspensión provisional del acto demandado, en la medida que la Ordenanza N°033 de 1974 se contraría con el Acto Legislativo 1 de 1968, que indicó que el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (artículo 11), mientras que las Asambleas establecían escalas de remuneración de acuerdo a las distintas categorías de empleo (artículo 187 de la Constitución de 1886) y los gobernadores fijaban sus emolumentos (artículo 194-9 ibídem). Ello sin que se agote el debate jurídico planteado, pues en la sentencia habrán de ser analizados los demás argumentos decantados, más allá de esta confrontación normativa.

Para la Sala, los argumentos de la demandada exceden la confrontación normativa aquí planteada, pues acude a principios como el de favorabilidad, o a figuras como el pleito pendiente. El primero de ellos, presupone un análisis más complejo que el de la

⁴ Posición reiterada, entre otras:

1. Sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00351-01(0184-12). Actor: LUIS EDUARDO ISAZA VILLEGAS. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA
2. Sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11) Actor: AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
3. Sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00076-01(2055-10). Actor: NIDIA ROSA LOPEZ CRUZ. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

mera confrontación normativa que exige esta etapa procesal, pues implica analizar si este principio resulta aplicable para resolver la presente *Litis*, y si tiene efectos sobre la confrontación normativa aquí expuesta, siendo un asunto que excede esta etapa preliminar. El segundo de ellos, no constituye un argumento para evitar que se decrete una medida cautelar y debe ser analizado en la oportunidad procesal pertinente como lo es la audiencia inicial, al constituir una excepción previa (artículo 100 Código General del Proceso).

Vale aclarar que en esta providencia se acoge integrante lo señalado por esta misma sala de decisión, respecto a la Ordenanza N° 12 de 1988, en auto proferido el día diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) con ponencia de la Magistrada MARTHA CECILIA MADRID ROLDÁN, en el cual, se declaró la suspensión provisional de dicho acto administrativo, por las mismas consideraciones aquí expuestas.

Por lo anterior, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA TERCERA DE ORALIDAD,

RESUELVE:

PRIMERO. DECRETAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del artículo 1º de la Ordenanza N° 033 de 30 de noviembre de 1974 proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

SEGUNDO. COMUNÍQUESE esta decisión al Representante Legal del DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y al Presidente de la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL.

TERCERO. RECONOCER personería a la abogada LUISA CATALINA RIVERA VARELA portadora de la TP. 158.513 del C.S. de la J. como apoderada del Departamento de Antioquia.

CUARTO. PREVIO a aceptar la sustitución a la abogada PAOLA ANDREA RUIZ BURGOS (fl. 17), deberá acreditar su calidad de abogada inscrita.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

Yolanda Obando Montes
YOLANDA OBANDO MONTES

Jairo Jiménez Aristizábal
JAIRO JIMÉNEZ ARISTIZÁBAL

SALVO EL VOTO.

04 HAY PLEITO

PENDIENTE. EL C. D.EE.

NO SE HA PRONUNCIADO.

SOBRE LA ORDENANZA 12

DE 1988 NO HABÍA

PRONUNCIADOS ANTERIORES.

Martha Cecilia Madrid Roldán
MARTHA CECILIA MADRID ROLDÁN

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
EN NOTIFICACIÓN POR ESTADO DE HOY
05 OCT 2017
FUE NOTIFICADO EN EL ANTERIOR
SECRETARIO GENERAL