

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL – Su no aporte no genera ineptitud de la demanda / INEPTITUD DE LA DEMANDA - No se genera por no aportarse el certificado de existencia y representación / INDEBIDA REPRESENTACION DE LAS PARTES – Se configura por carencia total de poder

La parte demandada alega la ineptitud de la demanda porque la apoderada judicial de la parte actora no aportó el certificado de existencia y representación de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares “ACORE”. Revisado el asunto se tiene que al presentar la demanda no se aportó certificado de existencia y representación legal que echa de menos la parte demandada pero esta irregularidad no comporta la ineptitud sustantiva de la demanda máxime cuando la indebida representación de las partes sólo se configura, tratándose de apoderados judiciales, por carencia total de poder (Cfr. Artículo 140-7 del C.P.C.).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140 NUMERAL 7

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS - Fijación. Competencia / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Regulación por el Ejecutivo. Alcance

Conforme al artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política al Congreso de la República le compete dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para “... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”. Existe en consecuencia una competencia compartida entre el legislativo y el ejecutivo, en donde el primero determina los parámetros generales conforme a los cuales, el segundo, establece los elementos propios del régimen salarial y prestacional. El legislador expidió la Ley 4ª de 1992 y allí señaló los principios a los que debe someterse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En lo que se refiere a la facultad de regulación por parte del Ejecutivo como ya lo ha reiterado la Sala, el marco de regulación normativo tiene que contener “un amplio espectro de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA- Articulo 150 numeral 19 / Ley 4 de 1992

DECRETO 3135 DE 2005 – Por el cual se dictan disposiciones en material prestacional. Prima de Dirección de Ministros de Despacho. No se anula / PRIMA DE DIRECCION DE LOS MINISTROS DEL DESPACHO - No vulneran los derechos adquiridos de Generales y Almirantes ya que las Fuerzas Militares y de Policía tienen un régimen salarial y prestacional diferente

Empero, la parte demandante alega el desconocimiento de los derechos adquiridos porque el Gobierno Nacional “tradicionalmente” había establecido los aumentos salariales y prestacionales en la misma proporción entre los Ministros de Despacho y los Generales y Almirantes, así se había hecho desde la expedición del Decreto 203 de 1981 hasta la expedición del Decreto 923 de

2005. Para la Sala la remisión que se hace a los sueldos de los Ministros de Despacho es un parámetro que el Gobierno toma para efectos de fijar el salario de los miembros de la fuerza pública. En efecto en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 señaló que a partir del año de 1996 se debería fijar una la escala salarial porcentual, y en ella se señaló que los salarios y prestaciones de los Generales y Almirante serían equivalente Ministros de Despacho, pero esta alusión no quiere decir que existe una identidad en la remuneración que perciben sino que comporta un parámetro de regulación utilizado por el Gobierno, pues sólo, como ya se indicó, las fuerzas armadas y de policía tienen un régimen salarial y prestacional diferente. Pero en todo caso, el Decreto 923 de 2005 y sus similares tienen la misma categoría del aquí demandado y el Ejecutivo puede modificarlo en cualquier momento, eso sí, dentro de los parámetros fijados por la Ley 4ª de 1992. En otras palabras el Ejecutivo podía, con fundamento en la Ley 4ª de 1992, otorgar la bonificación de dirección a los Ministros del Despacho y otros directivos de la rama ejecutiva y esta circunstancia no implica que deba otorgársela simultáneamente a otros empleados de los expresamente allí designados.

FUENTE FORMAL: DECRETO 923 DE 2005 - Artículo 2 / LEY 4 DE 1992-ARTÍCULO 13

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3135 DE 2005

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil nueve (2009).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00012-00(0122-06)

Actor: ASOCIACION COLOMBIANA DE OFICIALES EN RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

DECRETOS DEL GOBIERNO

AUTORIDADES NACIONALES

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia en el asunto de la referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

La **ASOCIACION COLOMBIANA DE OFICIALES EN RETIRO DE LAS FUEZAS MILITARES**, mediante apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del Decreto 3150 de 2005 de 8 de septiembre de 2005 *“Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional”*.

El texto del decreto acusado es el siguiente:

“DECRETO 3150 DE 2005¹

(Septiembre 08)

Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

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

DECRETA:

Artículo 1º. . Créase para los Ministros, Directores de Departamento Administrativo; Viceministros; Subdirectores de Departamento Administrativo; Alto Comisionado en la Consejería Presidencial para la Paz; Alto Consejero Presidencial; Secretario Privado de la Presidencia de la República; Secretarios de la Presidencia de la República; Consejero Presidencial; Director de Programa Presidencial; Asesores Grados 48 y 47 de la Presidencia de la República; Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos; Directores Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo de Ministerio y Departamento Administrativo; Directores, Gerentes o Presidentes de Establecimientos Públicos; Director de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Director de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, y Directores de Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica, con excepción del Director de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, como prestación social, una bonificación de dirección equivalente a cuatro (4) veces la remuneración mensual compuesta por la asignación básica más gastos de representación, pagadera en dos contados iguales en fechas treinta (30) de junio y treinta (30) de diciembre del respectivo año.²

¹ Adicionado por el Decreto Nacional 4592 de 2006, en los siguientes términos: *“Artículo 1º. Adiciónase el Decreto 3150 de 2005 con el cargo de Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC.*

Artículo 2º. Los Comisionados de la Comisión Nacional del Servicio Civil, tendrán derecho a percibir la bonificación de dirección en las mismas condiciones y cuantía a que se refieren los Decretos 3150 y 3630 de 2005.

Artículo 3º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el Decreto 3150 de 2005 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2006.”.

² Modificado por el Decreto Nacional 2480 de 2008, así: *“Artículo 1º. Modifícase el artículo 1º del Decreto número 3150 del 8 de septiembre de 2005, en el sentido de estipular que los dos contados se pagarán en junio y diciembre del respectivo año.*

Esta bonificación de dirección no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales, ni se tendrá en cuenta para determinar remuneraciones de otros empleados públicos.

Parágrafo. Los empleados a que se refiere el presente artículo, en caso de no haber laborado el semestre completo, tendrán derecho al pago proporcional de esta bonificación por cada mes cumplido de labor, dentro del respectivo semestre.

Artículo 2°. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial establecido en el presente decreto, en concordancia con lo establecido en los artículos 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de efectos y no creará derechos adquiridos.

Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 8 de septiembre de 2005.

Publicado en el Diario Oficial 46.026 de septiembre 09 de 2005.”.

NORMAS CITADAS COMO VULNERADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó las siguientes:

Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 53, y 58.

Ley 4ª de 1992: Artículos 1, 2, 4, 7, y 10.

Decreto 923 de 2005: Artículo 1, Parágrafo 3.

En el concepto de violación expresa que el acto demandado quebranta el orden superior porque es contrario a los principios constitucionales que protegen el Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la igualdad, los derechos y prestaciones sociales de los trabajadores y en especial de la Fuerza Pública, y porque además contradice las normas, objetivos y criterios contenidos en la Ley 4ª de 1992.

Formuló de manera concreta los siguientes cargos:

Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el Decreto 3150 de 2005.”.

- Violación del artículo 1 de la Constitución. El Estado de Derecho se refiere a que su actividad está regida por las normas jurídicas.

La norma jurídica fundamental es la Constitución, por lo cual toda actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de ésta, y la acción del Estado debe dirigirse a garantizarles a los asociados condiciones de vida digna, contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales.

Afirmó que el Estado al desconocer una igualdad contemplada en la Ley 4ª de 1992, disminuye la calidad de vida, afecta el mínimo vital y móvil de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, violando el artículo 1 de la Carta, pues un Estado Social de Derecho se rige sobre los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social.

El decreto demandado es contrario al artículo mencionado, ya que desmejora la protección social de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, desconoce una igualdad planteada desde 1981 y las normas acusadas son contrarias a los objetivos y criterios que señala la Ley 923 de 2004, lo cual es inaceptable en un Estado Social de Derecho.

- Violación del artículo 2 de la Constitución. Al no cumplir, de oficio, el reconocimiento de una prestación social, se está violando este precepto de orden constitucional y se configura un abuso de autoridad al no cumplir con los mandatos jurídicos de su responsabilidad.

- Violación del artículo 4º de la Constitución. Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades, porque desconoce los criterios señalados por la Constitución y la Ley 4 de 1992, en los que se vulneran los derechos constitucionales de los señores Generales y Almirantes.

- Violación del artículo 6 de la Constitución. El Consejo de Ministros, del Ministerio de Defensa y la Armada Nacional al incumplir el deber de oficio del reconocimiento de los tiempos dobles contemplados en los artículos 170 y 232 del decreto 1211 de 1990 y estatutos anteriores (sic), como prestación social del actor, violaron el

artículo 6 de la Constitución, especialmente en cuanto a la omisión de su deber legal de reconocer la igualdad de los señores Generales y Almirantes.

- Violación del Artículo 13 de la Constitución. Los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3150 de 2005, por cuanto los excluyó del pago de una prestación que ha debido ser devengada por los Generales y Almirantes en servicio activo y retiro y, porque debieron devengar igual salario y prestaciones sociales que los Ministros de Despacho con lo que se está institucionalizando una discriminación.

El artículo 13 de la Carta Política consagra el principio de la igualdad de todas las personas frente a la ley, quiere decir que todos son sujetos de protección y trato igual ante las autoridades y mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por índole alguna. Este derecho fundamental no hay duda que fue violentado y desconocido por la por la Presidencia, el Ministro de Hacienda, Crédito Público y la función Pública, le incumplieron como patronos de los Generales y Almirantes por ser de carácter oficioso del patrono reconocerles las prestaciones sociales, que le otorgaron a los Ministros de despacho.

- Violación del artículo 29 de la Constitución. Al no expedirse el acto administrativo que debió reconocer como salarios igual a los señores Generales y Almirantes, se violentó el debido proceso, por contener un abuso de autoridad y desconocimiento de la intención del Gobernante al no reconocer la igualdad salarial de los Ministros del Despacho y los Generales y Almirantes.

- Violación del artículo 53 de la Constitución. Como quiera que el Decreto 3150 de 2005, es una norma que regula las relaciones de trabajo debió tener en cuenta los principios allí consagrados los cuales han sido violados la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, en la medida en que los Generales y Almirantes están disponibles laboralmente las 24 horas del día, la calidad de su trabajo es de suma responsabilidad y sometida a riesgos superiores a la de los demás funcionarios del Estado, por tanto, en equidad y justicia se les debe respetar sus prestaciones sociales y las demás disposiciones legales que les favorecen como es la igualdad con los salarios de los señores Ministros del despacho y los Generales y Almirantes. También se violó el principio de favorabilidad haciendo nacer vías de hecho que ameritan la nulidad del citado decreto.

- Violación del artículo 58 de la Constitución. Desde la expedición de los Decretos No. 203 de 1982, 262 de 192, 106 de 1983, 392 de 1984, 120 de 1985, 95 de 1986, 201 de 1987, 166 de 1988, 51 de 1989, 69 de 1990, 145 de 1991, 335 de 1992, 921 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 2072 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1463 y 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, hasta el 923 de 2005, se ha reconocido la igualdad en materia prestacional entre los Ministros del Despacho y los señores Generales y Almirantes, por lo cual con la expedición del Decreto 3150 de 2005 se violan las normas generales de la Ley 4 de 1992 y los articulados de los mencionados.

La parte actora acusa la vulneración directa de los artículos 1, 2, 4, 7 y 10 de la Ley 4ª de 1992, normas que, en lo pertinente, establecen:

“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;
[...]
- 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:

- a) 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;
[...]
- j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

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 decrete el Gobierno Nacional conforme a este artículo, producirán efectos fiscales a partir del primero de enero del año respectivo.).

PARÁGRAFO. Ningún funcionario del nivel nacional de la Administración Central, de los entes territoriales pertenecientes a la Administración

Central, con excepción del Presidente de la República, del Cuerpo Diplomático colombiano acreditado en el exterior y del personal del Ministerio de Defensa destinado en comisión en el exterior, tendrá una remuneración anual superior a la de los miembros del Congreso Nacional.³

ARTÍCULO 7o. El Presidente de la República podrá delegar en los Ministros respectivos la fijación y modificación del régimen salarial de determinados empleados públicos de carácter directivo de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta asimiladas a éstas, del orden nacional, con base en las condiciones que él mismo les fije, atendiendo criterios de competencia en el mercado laboral y con estricta sujeción a los presupuestos de las respectivas entidades.

Artículo 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”.

Normas anteriores, como ya se indicó estima violadas porque con la expedición del decreto acusado que creó la bonificación de dirección el Gobierno Nacional excedió el marco regulatorio, pues excluyó a los Generales y Almirantes de beneficio allí previsto, desconoció la igualdad que en materia salarial y prestacional tienen estos oficiales de las fuerzas armadas con respecto a los Ministros de Despacho, lo que ocasiona una desmejora salarial y les vulnera sus derechos adquiridos.

CONTESTACIONES

La **Nación**, **Departamento Administrativo de la Función Pública** contestó la demanda de folios 39 a 47, en los siguientes términos:

La apoderada judicial de la Asociación Colombiana de Oficiales de Retiro de las Fuerzas Militares “ACORE”, confundió su condición de apoderada con la de la parte demandante y por ello no acreditó el certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares, careciendo entonces la demanda de un requisito de procedibilidad en cuanto al extremo activo de la litis.

³ Artículo declarado EXEQUIBLE, dentro de los términos y dentro de los condicionamientos previstos en la sentencia, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-710 del 22 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández, con excepción del párrafo que no fue objeto de decisión en el proceso y de las expresiones entre paréntesis declaradas INEXEQUIBLES.

Especifica la Corte "Lo dicho en la parte motiva de esta sentencia está vinculado de manera inseparable con la parte resolutive y es por tanto obligatorio,

Además, excluyó como parte pasiva del debate de legalidad planteado al Ministerio de defensa Nacional cuando dicho organismo y el jefe de esa cartera coordinan de manera directa e inmediata los asuntos atinentes a las actividades salariales y prestacionales del personal activo y retirado de las Fuerzas Militares.

Señaló que la bonificación de dirección prevista para los Ministros, directores de departamento Administrativo y demás autoridades civiles no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales y que excluye al personal en retiro que desempeñó tales empleos. Es un reconocimiento a las altas responsabilidades de dirección de las autoridades que actualmente prestan sus servicios al Estado en los cargos expresamente señalados en el mismo Decreto.

Resulta un despropósito pretender su aplicación al Cuerpo de Oficiales activos y en retiro de las Fuerzas Militares, más aún cuando por disposición del mismo decreto no puede ser en ningún caso considerada para establecer remuneraciones de otros empleados o ex empleados públicos.

La bonificación de Dirección consagrada en el Decreto 3150 de 2005 constituye un reconocimiento a los Gerentes Públicos que se realiza en desarrollo de la Ley 4 de 1992, y sólo se calcula teniendo en cuenta la asignación básica más los gastos de representación, excluyendo los demás factores salariales

El Departamento Administrativo de la Función Pública formuló consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, estableció que se puede reconocer bonificación en razón de las responsabilidades connaturales de ese grupo de servidores conforme lo consagrado en el Decreto 3150 de 2005.

Dicho reconocimiento beneficia a un número reducido de Gerentes Públicos, aproximadamente 285, entre los que se encuentran Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo, Gerentes o Presidentes de Establecimientos Públicos, Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos. En el Nivel territorial existe este tipo de bonificación la cual se reconoció para todos los Alcaldes y Gobernadores.

Finalmente, expresó que la bonificación de dirección no constituye salario ni factor salarial para el reconocimiento de prestaciones sociales, pero si un ingreso que está sujeto a tributación.

En conclusión, no puede afirmarse que el Decreto 3150 de 2005 sea contrario a alguna norma constitucional o legal, pues lejos de vulnerarlas las realiza o desarrolla.

- El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda de folios 64 a 71:

Afirmó que en el caso de las Fuerzas Militares, la Corte Constitucional ha considerado que, en virtud de las particularidades de las vinculaciones a la nómina estatal de los diferentes servidores públicos, se ajusta a la Constitución Política la regulación de regímenes salariales y prestacionales diferentes para ellos en los que se prevean disposiciones diferentes a las aplicables a la generalidad de los servidores estatales, sentencia C-003 de 1998.

No puede pretenderse que exista una identidad matemática y absoluta en materia salarial y prestacional entre los diferentes servidores del Estado, especialmente entre los funcionarios de la Rama Judicial y los servidores vinculados a las Fuerzas Militares, a quienes constitucional y legalmente se les prevé un régimen especial en virtud de sus especiales condiciones. Por lo tanto, no es válido pretender que toda disposición que se profiera dentro de un régimen prestacional deba ser extensiva a todos los servidores públicos.

Las prestaciones sociales establecidas en los Decretos 3150 de 2005 y 405 de 2006, tiene las mismas características especiales: es pagadera sólo a los funcionarios que desempeñan los cargos allí relacionados, se debe laborar total o parcialmente el tiempo requerido y su pago será proporcional a este, no constituye factor salarial para liquidar elementos salariales o prestacionales, y no se debe tener en cuenta para determinar la remuneración de otros empleados públicos. De esta forma, las aseveraciones contenidas en la demanda sobre la inexistencia de una bonificación como la contenida en el Decreto 3150 de 2005 para los altos mandos militares, de la cual se pudiera pretender derivar un trato desigual frente a los altos funcionarios de la Rama Ejecutiva carece de todo fundamento.

Expuso, que si el actor considera que los incrementos salariales de los altos mandos de las Fuerzas Militares no corresponden con la pérdida de poder adquisitivo por inflación, debe intentar su acción en contra de los decretos de incremento de salarios y no contra el acto administrativo por el cual se reconoce una bonificación por dirección a los altos funcionarios de la Rama Ejecutiva, máxime si se tiene en cuenta que similar prestación también se encuentra prevista para los altos mandos de las Fuerzas Militares y la Policía, según Decreto 405 de 2006.

La nulidad de los actos administrativos procede por la violación de normas superiores, en este caso disposiciones de orden legal o constitucional, naturaleza que no ostenta el Decreto 923 de 2005, el cual se encuentra en la misma jerarquía normativa que el Decreto acusado. Por lo tanto, la violación planteada frente a éste decreto no debe prosperar.

Por las razones anteriormente expuestas, solicitó que se desestimen los cargos planteados por el demandante y se declare la legalidad del decreto 3150 de 2005.

- El señor Luís Orlando Puentes intervino en el proceso como impugnante (folios 72 a 77), en el que consideró que la norma acusada se ajusta en un todo a la Carta Política, que no existe un tratamiento discriminatorio en contra los Generales y Almirantes, y solicitó se realice un control de constitucionalidad positivo frente al Decreto 3150 de 2005 y *“se dicte un pronunciamiento de adecuación constitucional del decreto demandado y su correspondiente continuación en la producción de los efectos que ha producido y que esta llamado a seguir produciendo, pues una declaratoria en sentido contrario al solicitado acarrearía consecuencias poco benéficas para el ordenamiento jurídico nacional y la eficiencia que del mismo se debe demandar.”* (sic).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De folios 84 a 90 el apoderado de la parte demandante alegó de conclusión.

El Departamento Administrativo de la Función Pública presentó alegatos de conclusión de folios 109 a 111 y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo hizo de folios 95 a 98.

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto extemporáneamente. (Folios 99 a 107).

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Excepción

La parte demandada alega la ineptitud de la demanda porque la apoderada judicial de la parte actora no aportó el certificado de existencia y representación de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares "ACORE".

Revisado el asunto se tiene que al presentar la demanda no se aportó certificado de existencia y representación legal que echa de menos la parte demandada pero esta irregularidad no comporta la ineptitud sustantiva de la demanda máxime cuando la indebida representación de las partes sólo se configura, tratándose de apoderados judiciales, por carencia total de poder (Cfr. Artículo 140-7 del C.P.C.).

Pero en todo caso esta irregularidad debió ser alegada antes de que quedara ejecutoriado el auto admisorio de la demanda del 8 de febrero de 2006 (Cfr. Artículo 331 del C.P.C.), y por la persona afectada conforme a lo dispuesto por los artículos 143, inciso final, y 144, numeral 1, del C.P.C. aplicables por remisión del artículo 165 del C.C.A.

También alega que se debió vincular, como parte demandada, al Ministerio de Defensa Nacional, al respecto dirá la Sala que el artículo 149 del C.C.A., vigente al momento en que se presentó y admitió la demanda⁴, sólo preveía la

⁴ El artículo vigente al momento de presentar la demanda, el 23 de enero de 2006 y ser admitida, el 8 de febrero de 2006 (folios 20 vto y 23) era el Decreto 01 de 1984, pues la Ley 446 de 1998, fue expedida el 7 de julio del mismo año y publicada en el Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998, norma que preceptuaba: "ARTICULO 149. REPRESENTACION DE LAS PERSONAS DE DERECHO PUBLICO. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, jefe de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, procurador o contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

Sin embargo, el Ministro de Gobierno representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de justicia en lo referente a la Rama Jurisdiccional.

representación de la Nación a través del Ministro respectivo, y en este caso intervinieron dos (2) ministerios de manera que la Nación como parte pasiva estuvo ajustada en un todo a derecho.

Lo anterior no impide que cualquier otro ministerio, persona jurídica o natural pueda intervenir en esta acción pública de nulidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 146 del C.C.A.

La excepción no prospera.

Fondo del asunto

Conforme a lo antes expuesto el problema jurídico a resolver consiste en establecer si hubo extralimitación en el ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República al crear la denominada bonificación de dirección a favor de los Ministros del Despacho y otros funcionarios de alta jerarquía.

El Gobierno Nacional para expedir el decreto atacado se fundó en los artículos 150, numeral 19, literales e) y f), y, según se lee de su encabezado en la ley 4ª de 1992, en lo que se refiere a las normas generales.

El artículo 150, numeral 19, de la Carta Política, en lo pertinente, establece:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

[...]

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública:

[...]

Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas. [...]

Conforme al texto transcrito al Congreso de la República le compete dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para *“... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.”*

Existe en consecuencia una competencia compartida entre el legislativo y el ejecutivo, en donde el primero determina los parámetros generales conforme a los cuales, el segundo, establece los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

El legislador expidió la Ley 4ª de 1992 y allí señaló los principios a los que debe someterse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En lo que se refiere a la facultad de regulación por parte del Ejecutivo como ya lo ha reiterado la Sala,⁵ el marco de regulación normativo tiene que contener *“un amplio espectro de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó”*.

No obstante, Gobierno Nacional debe respetar los lineamientos generales que el legislador ha provisto en la citada Ley 4ª de 1992, al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-196 del 13 de mayo de 1998, precisó:

"Como mediante la ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación.

En efecto, lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad,

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de mayo de 2005, REF: EXPEDIENTE No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, ACTOR: Luis Eduardo Cruz Porras, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia.

Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquél".

/.../

Lo que se quiere significar es que, en esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la ley marco.

Así, cuando en materia salarial se establecen, como ocurre en el presente caso, los grados correspondientes a determinados empleos, enunciados al detalle, señalando inclusive los niveles salariales correspondientes, la norma legal es, por definición, específica, y cubre la totalidad del campo de regulación, haciendo necesario que tales grados y niveles salariales únicamente puedan ser modificados por otra norma legal, de donde se infiere que el margen de maniobra del Gobierno es nulo, ya que, si entra a hacer adaptaciones, modifica en realidad lo dispuesto por el legislador, cuando lo que busca el régimen constitucional concebido para el efecto es la existencia de un espacio de actividad administrativa suficientemente amplio como para estipular niveles y grados diversos y cambiantes dentro de pautas generales ya consagradas en la ley."

Bajo las anteriores reflexiones la Sala revisará el contenido del decreto acusado, conforme al concepto de violación arriba señalado, así:

Con respecto a la violación de los derechos adquiridos es preciso indicar que la parte actora no demostró la desmejora de las prestaciones o de los salarios que venían devengando de conformidad con la ley los Generales y Almirantes.

En el mismo sentido el que el Gobierno hubiese preferido aplicar una bonificación de dirección al grupo de empleados públicos que ejercen funciones de dirección, está dentro de las potestades que el legislativo le ha deferido a través de la ley marco, específicamente el artículo 2º, literal j), de la Ley 4ª de 1992, que le permite de acuerdo con la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño crearles la prestación aludida.

Alegan la asociación demandante que con la expedición del decreto acusado se modificó la igualdad salarial y prestacional que venían gozando los Ministros del Despacho y los Altos Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Policía como son los Almirantes y Generales, al respecto dirá la Sala que esta apreciación resulta inexacta pues los miembros de la fuerza pública tienen un régimen distinto y especial con respecto a los Ministros de Despacho, en donde, dicho sea de paso tienen algunas prerrogativas de las que no gozan tales plenipotenciarios. V.gra. La aludida Bonificación por Operaciones de Importancia Nacional prevista en el Decreto 1400 de 2006, y las demás prerrogativas enunciadas por el impugnante (folio 77).

Empero, la parte demandante alega el desconocimiento de los derechos adquiridos porque el Gobierno Nacional “tradicionalmente” había establecido los aumentos salariales y prestacionales en la misma proporción entre los Ministros de Despacho y los Generales y Almirantes, así se había hecho desde la expedición del Decreto 203 de 1981 hasta la expedición del Decreto 923 de 2005, que expresamente consagró:

*“**Artículo 2°.** Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual igual a la que devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación, en todo tiempo, distribuida así: el cuarenta y cinco por ciento (45%) como sueldo básico y el cincuenta y cinco por ciento (55%) como prima de alto mando. Esta última no tendrá carácter salarial para ningún efecto legal.*

***Parágrafo.** Los Oficiales Generales y Almirantes a que se refiere este artículo tendrán derecho a la Prima de Dirección y demás primas que devenguen los Ministros del Despacho.*

La Prima de Dirección no será factor salarial para ningún efecto legal, se pagará mensualmente y es compatible con la Prima de Alto Mando a que tienen derecho los Oficiales en estos grados.

En ningún caso los Oficiales Generales y Almirantes podrán percibir una remuneración superior a la prevista para los Ministros del Despacho.(Lo destacado coincide con el objeto de censura del demandante)

Para la Sala la remisión que se hace a los sueldos de los Ministros de Despacho es un parámetro que el Gobierno toma para efectos de fijar el salario de los miembros de la fuerza pública.

En efecto en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992⁶ señaló que a partir del año de 1996 se debería fijar una la escala salarial porcentual⁷, y en ella se señaló que los salarios y prestaciones de los Generales y Almirante serían equivalente Ministros de Despacho, pero esta alusión no quiere decir que existe una identidad en la remuneración que perciben sino que comporta un parámetro de regulación utilizado por el Gobierno, pues sólo, como ya se indicó, las fuerzas armadas y de policía tienen un régimen salarial y prestacional diferente. Pero en todo caso, el Decreto 923 de 2005 y sus similares tienen la misma categoría del aquí demandado y el Ejecutivo puede modificarlo en cualquier momento, eso sí, dentro de los parámetros fijados por la Ley 4ª de 1992.

En otras palabras el Ejecutivo podía, con fundamento en la Ley 4ª de 1992, otorgar la bonificación de dirección a los Ministros del Despacho y otros directivos de la rama ejecutiva y esta circunstancia no implica que deba otorgársela simultáneamente a otros empleados de los expresamente allí designados.

En consecuencia las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA

1. **Declárase** no probada la excepción propuesta por la entidad demandada.
2. **Niéganse** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. En firme esta providencia archívese el expediente.

⁶ “ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”.

⁷ Inicialmente fijada por el Decreto 107 de 1996.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO