

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - El juez está facultado para decretar las necesarias para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia / CAUCION PARA GARANTIZAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LAS MEDIDAS CAUTELARES – Casos en que no procede / SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS – Con la Ley 1437 de 2011, la violación de las normas no requiere ser manifiesta o evidente

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos. El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3]. Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230. (...) El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública. En este orden de ideas, se advierte que, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente. Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte –salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 232

EXONERACION DEL PAGO DE APORTES PARAFISCALES – Es ilegal la previsión que sea aplicable respecto de los trabajadores que devenguen menos de 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes / CONTRIBUYENTES DEL CREE – La exoneración de los aportes parafiscales prevista en el Decreto 1828 de 2013 vulnera lo previsto en la Ley 1607 de 2012 / SUSPENSION PROVISIONAL – Procede respecto del Decreto 1828 de 2013 por violar el monto mínimo de los salarios devengados por los trabajadores respecto de quienes procede la exoneración

En este orden de ideas, observa el Despacho que la solicitud cumple con los requisitos indicados en el inciso 1 del artículo 231 del CPACA, puesto que la violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas

superiores invocadas como violadas. (...) En virtud de lo dispuesto en las normas transcritas, objeto de controversia en este ligio, los términos “*hasta*” y “*mínimo*” son el punto sobre el cual se fundamenta la pretensión de nulidad; los cuales denotan la inclusión y exclusión de la cifra tope de exoneración del tributo; a simple vista, se percibe que el Decreto 1828 de 2013, es excluyente al establecer: “*devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes*”, sobre lo que se ahondará en el momento de proferirse el fallo. Advierte el despacho que, la función reglamentaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede sobrepasar la competencia del legislativo, es decir, el reglamento no debe desfigurar la situación regulada por la ley, hacerla nugatoria o extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló; tal como se observa en el *sub judice*. En atención a la disposición legal contemplada en el inciso 1 del artículo 231 del CPACA, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el juez administrativo (de oficio o a petición de parte), puede percibir si hay una vulneración normativa, a través de la revisión del análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, evento en el cual procederá a decretar la suspensión provisional de los actos demandados, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso, evitando que la sentencia se torne ineficaz frente a lo pretendido por el demandante y cause un perjuicio irremediable para el mismo. Por último, advierte el Despacho que si bien sólo fue demandada la expresión “*menos*”, contenida en los incisos primero y tercero del artículo 7 del Decreto 1828 de 2013, dada su condición de inseparable con el resto del inciso, debe suspenderse toda la disposición, pues al hacerse sólo frente a la expresión acusada, quedaría sin coherencia ni efectos jurídicos el resto del inciso. En esas condiciones, este despacho decretará la suspensión provisional de los efectos de los incisos 1 y 3 del artículo 7 Decreto 1828 de 2013, de acuerdo con el artículo 232 del CPACA, sin que sea necesario fijar caución.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 232

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1828 DE 2013 – ARTICULO 7 INCISO 1 (Parcial) (Suspendida) / DECRETO 1828 DE 2013 – ARTICULO 7 INCISO 3 (Parcial) (Suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00032-00(20631)

Actor: ERNEY LEONARDO CONTRERAS GONZALEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

AUTO

ERNEY LEONARDO CONTRERAS GONZÁLEZ, en nombre propio, promovió el medio de control de nulidad parcial, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante CPACA], contra los incisos 1 y 3 del artículo 7 del Decreto 1828 del 27 de agosto de 2013 “*por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012*”, la expresión que se acusa es la que se subraya a continuación:

“Artículo 7. Exoneración de aportes parafiscales. *Las sociedades, y personas jurídicas asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios y sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, están exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
(...)

A partir del 1 de enero de 2014, los contribuyentes señalados en los incisos anteriores que cumplan las condiciones de este artículo, estarán exonerados de las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo anterior no será aplicable a las personas naturales que empleen menos de dos (2) trabajadores, las cuales seguirán obligadas a efectuar las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud de que trata este inciso. Para efectos de esta exoneración, los trabajadores a que hace mención este inciso tendrán que estar vinculados con el empleador persona natural mediante contrato laboral, quien deberá cumplir con todas las obligaciones legales derivadas de dicha vinculación.”

Solicitud de medida cautelar.

En el escrito de demanda, en capítulo separado, el señor ERNEY LEONARDO CONTRERAS GONZÁLEZ solicitó que se decretara medida cautelar de suspensión provisional de la norma demandada; la cual se fundamentó en los siguientes hechos¹:

El Congreso de la República de Colombia, el 26 de diciembre de 2012, profirió la Ley 1607, “*por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*” que en su artículo 25 estableció que están exonerados del pago de los aportes parafiscales, a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, correspondientes a los trabajadores que devenguen,

1

individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El demandante considera que la norma demandada contradice de forma evidente los preceptos de rango superior al modificar los parámetros ya establecidos en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012 para el caso de exoneración de aportes hasta menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Para demostrar la contradicción hace un cuadro comparativo de la norma superior con la demandada.

Trámite

Mediante auto del 18 de noviembre de 2014², notificado por estado el 5 de diciembre de 2014, se ordenó surtir el traslado previsto en el inciso segundo del artículo 233 del CPACA. Dentro del término de ley, la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda y, aunque en ese memorial indicó la intención de “*descorrer el traslado de la suspensión*”, no hizo pronunciamiento alguno sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del artículo 7º del Decreto 1828 del 27 de agosto de 2013.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Corresponde al Despacho decidir si procede decretar la medida cautelar solicitada por la demandante, para el efecto se hará una breve referencia a las generalidades de las medidas cautelares en el nuevo código para luego resolver el caso concreto.

1. Generalidades de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

² Fl. 10 Cdno de medida cautelar

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [nums. 1 segunda parte, 2 y 3].

Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

En este orden de ideas, se advierte que, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente.

Así las cosas, con fundamento en la nueva normativa resulta dable concluir que si el juez de la causa, a petición de parte –salvo aquellos asuntos en los cuales las medidas cautelares puedan decretarse de oficio–, encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

2. Caso concreto.

El demandante considera que en el *sub examine* procede la medida cautelar para suspender provisionalmente los efectos del artículo 7 del Decreto 1828 de 2013, debido a que la norma se extralimita y contradice lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, afectando de este modo el patrimonio de los asociados.

El fundamento de la solicitud recae en que del simple cotejo o comparación de la norma acusada con la superior, se pueden vislumbrar el quebrantamiento de la de mayor jerarquía.

En este orden de ideas, observa el Despacho que la solicitud cumple con los requisitos indicados en el inciso 1 del artículo 231 del CPACA, puesto que la violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, tal como se discrimina a continuación:

NORMA INFRINGIDA	NORMA ACUSADA
------------------	---------------

LEY 1607 DE 2012	DECRETO 1828 DE 2013
ARTÍCULO 25. EXONERACIÓN DE APORTES.	ARTÍCULO 7: EXONERACION DE APORTES PARAFISCALES.
A partir del momento en que el Gobierno Nacional implemente el sistema de retenciones en la fuente para el recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, y en todo caso antes del 1° de julio de 2013, <u>estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.</u>	Las sociedades, y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, <u>están exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio de Aprendizaje (SENA), y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos legales vigentes.</u> A partir del 1 de enero de 2014, los contribuyentes señalados en los incisos anteriores que cumplan las condiciones de este artículo, estarán exonerados de la cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud de que se trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, correspondientes a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo anterior no será aplicable a las personas naturales que empleen menos de dos (2) trabajadores, las cuales seguirán obligadas a efectuar

	las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud de que trata este inciso. Para los efectos de esta exoneración, los trabajadores a que hace mención este inciso tendrán que estar vinculados con el empleador persona natural
--	---

En virtud de lo dispuesto en las normas transcritas, objeto de controversia en este litigio, los términos “*hasta*” y “*mínimo*” son el punto sobre el cual se fundamenta la pretensión de nulidad; los cuales denotan la inclusión y exclusión de la cifra tope de exoneración del tributo; a simple vista, se percibe que el Decreto 1828 de 2013, es excluyente al establecer: “*devenguen, individualmente considerados, **menos** de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes*”, sobre lo que se ahondará en el momento de proferirse el fallo.

Advierte el despacho que, la función reglamentaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede sobrepasar la competencia del legislativo, es decir, el reglamento no debe desfigurar la situación regulada por la ley, hacerla nugatoria o extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló; tal como se observa en el *sub judice*.

En atención a la disposición legal contemplada en el inciso 1 del artículo 231 del CPACA, la jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha considerado que el juez administrativo (de oficio o a petición de parte), puede percibir si hay una vulneración normativa, a través de la revisión del análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, evento en el cual procederá a decretar la suspensión provisional de los actos demandados, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso, evitando que la sentencia se torne ineficaz frente a lo pretendido por el demandante y cause un perjuicio irremediable para el mismo.

3

Auto del 24 de enero de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00; M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia

Por último, advierte el Despacho que si bien sólo fue demandada la expresión “*menos*”, contenida en los incisos primero y tercero del artículo 7 del Decreto 1828 de 2013, dada su condición de inseparable con el resto del inciso, debe suspenderse toda la disposición, pues al hacerse sólo frente a la expresión acusada, quedaría sin coherencia ni efectos jurídicos el resto del inciso.

En esas condiciones, este despacho decretará la suspensión provisional de los efectos de los incisos 1 y 3 del artículo 7 Decreto 1828 de 2013, de acuerdo con el artículo 232 del CPACA, sin que sea necesario fijar caución.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

DECRÉTASE la suspensión provisional los incisos 1 y 3 del artículo 7 del Decreto 1828 de 2013, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA