

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

EDICIÓN

250

ENERO DE 2022

NORMAS ANULADAS
Y SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN

2021

EDICIÓN
ESPECIAL

#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Óscar Darío Amaya Navas
Paula Johanna León Mora

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
Liliana Marcela Becerra Gámez
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
Jorge Eduardo González Correa
Natalia Rodrigo Bravo
Natalia Yadira Castilla Caro
Guillermo León Gómez Moreno
Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo
María Magaly Santos Murillo
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Wadith Rodolfo Corredor Villate
Sala de Consulta y Servicio Civil
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Juan Sebastián Solarte Álvarez
Acciones Constitucionales
Pedro Javier Barrera Varela
Camilo Augusto Bayona Espejo
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 250, enero de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN	12
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	13
SECCIÓN SEGUNDA.....	26
SECCIÓN CUARTA.....	34
SECCIÓN QUINTA	48

EDITORIAL

El «Boletín del Consejo de Estado- Jurisprudencia y Conceptos», es una herramienta de actualización en derecho público que se ha venido consolidando hace, aproximadamente, 14 años. El año pasado se realizaron gestiones para mejorar y acercar el conocimiento a nuestra comunidad jurídica.

La primera de ellas tiene que ver con un proyecto para la construcción de alianzas con entidades y organizaciones que suelen agrupar a nuestros lectores habituales o usuarios que requieren actualizaciones en temas de conocimiento del Consejo de Estado. Entre nuestros aliados contamos con la Defensoría del Pueblo, la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, la Asociación Colombiana de Capitales, la Federación Colombiana de Municipios, la Federación Nacional de Departamentos, las universidades del Rosario y Externado, entre otras.

Estas alianzas y la promoción de suscripción al Boletín nos acercaron más a nuestros usuarios y a los objetivos de divulgación de la Corporación, toda vez que el aumento de suscriptores alcanzado el año 2021 fue de 46,5%. Agradecemos enormemente a quienes se inscribieron e invitamos a quienes no lo han hecho a acceder al formulario desde este enlace <https://forms.office.com/r/HJ8Qp1K4qZ>, para recibir mensualmente nuestra publicación en sus correos.

Otra de las estrategias de mejoramiento desarrolladas fue aquella que permitió realizar un cambio en el diseño del Boletín, lo que ayuda a presentar la información de una manera más sencilla y fácil de consultar.

Este año, se asumen retos importantes, entre ellos, la implementación plena de la Ley 2080 con sus cambios en competencias y procedimientos, la consolidación de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones en el Consejo de Estado y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por lo que, por supuesto, se renovarán y mantendrán las estrategias de la divulgación de la jurisprudencia y conceptos, fortaleciendo herramientas de pedagogía como el Boletín.

Bajo esta perspectiva, invito a seguir consultando esta publicación y todas las herramientas de divulgación de esta Corporación. Pronto vendrán muy buenas noticias al respecto.

Carlos Enrique Moreno Rubio

Presidente

I. NORMAS ANULADAS

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Los artículos 10, 11 y 12 de la Resolución n°. A-0259 del 2 de abril de 2020, expedida por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), por medio de los cuales se dispuso que se podrían adelantar sin permiso las actividades de prospección y exploración de las aguas subterráneas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, y la reducción de las tarifas para los prestadores mencionados.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Sentencia del 26 de marzo de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2020-03536-00.](#)

2. El aparte «[...] o tarea específica [...]» contenido en el artículo 8° del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018 expedido por la Jurisdicción Especial para la Paz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\).](#)

3. El aparte «[...] carga de trabajo [...]» contenido en el artículo 29° del Acuerdo 001 de 9 de marzo de 2018, modificado por el Acuerdo ASP 003 de 3 de septiembre de 2018, expedido por la Jurisdicción Especial para la Paz.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-24-000-2018-00441-00\(AI\).](#)

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. Resolución No. 411218 de 24 de diciembre de 2020, “Por la cual se ordena la suspensión del plazo para liquidar los contratos suscritos por el Ministerio de Minas y Energía”, dictada por el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio de Minas y Energía.

[Consejo de Estado, Sala Diecisiete Especial de Decisión, sentencia del 4 de junio de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 11001-03-15-000-2021-00062-00\(CA\).](#)

2. La expresión “*la UGPP contabilizará aquellos aprobados en el marco del programa PAEF*” del artículo 4 de la Resolución nro. 1361 del 2 de julio de 2020 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

[Consejo de Estado, Sala Veinticuatro Especial de Decisión, sentencia del 2 de julio de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-15-000-2020-04467-00\(CA\) \(acumulado 11001-03-15-000-2020-04468-00\).](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. El Decreto 2691 de 2014, “Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera”, expedido por el Gobierno Nacional.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de octubre de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2015-00236-00.](#)

2. El Acuerdo 09 de 2011, “Por el cual se revisa, ajusta y modifica de forma excepcional el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Facatativá y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Concejo Municipal de Facatativá.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2011-00765-02.](#)

3. La Resolución 0176 de 2008, “Por la cual se adopta la modificación a los estudios de zonificación y actividades de los manglares de la jurisdicción de CARDIQUE y los lineamientos de manejo de los mismos, y se definen unas determinantes ambientales de los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios de la jurisdicción”, expedida por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2012-00249-00.](#)

4. El Decreto 2025 de 2011, “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010*”, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de la Protección Social (hoy Ministro de Salud y Protección Social): La expresión “[...]la propiedad [...]” contenida en el literal c del artículo 3.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 20 de noviembre de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2011-00302-00. \(ver página 41 de este boletín\).](#)

5. La Ordenanza 00051 de 2002, “Por medio de la cual se establece un aporte de los entes descentralizados del Departamento de Boyacá con destino al Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá [...]”, expedida por Asamblea Departamental de Boyacá.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 4 de febrero de 2021, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 15001-23-31-000-2003-01553-01.](#)

6. La Circular 008 de 2008, “ASUNTO: Requisitos Ingreso Visitantes Menores de Edad”, expedida por el director (encargado) del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada, Caldas: La expresión “[...] e hijos de la esposa o compañera permanente legalmente constituida) en máximo número de dos [...]” contenida en el párrafo segundo, del punto segundo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de octubre de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2008-00449-00.](#)

7. La Resolución 2747 de 2006, «Por la cual se determinan las sanciones por incumplimiento de las medidas adoptadas en la Resolución No. 1122 de 2005», expedida por el Ministerio de Transporte.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de marzo de 2021, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2012-00178-00.](#)

8. El Decreto 3035 de 2013, “Por medio del cual se determina la categoría del Departamento del Tolima para la vigencia fiscal de 2014”, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de abril de 2021, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 73001-23-33-000-2014-00206-01 \(ver página 40 de este boletín\).](#)

9. El acto administrativo verbal de fecha 6 de diciembre de 2017, a través del cual se negó la remisión del Proyecto de Acto Legislativo 017 de 2017 Cámara–005 de 2017 Senado, “por medio del cual se crean 16 circunscripciones transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026- Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, para su promulgación y control de constitucionalidad, expedido por el presidente del Senado de la República.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de julio de 2021, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2017-00474-00.](#)

10. La Circular Externa 192 de 2000, “Asunto: Abandono y aprehensiones de mercancías”, expedida por el Director de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de julio de 2021, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-27-000-2009-00004-00.](#)

11. El Decreto 616 de 2006, “Por el cual se expide el Reglamento Técnico sobre los requisitos que debe cumplir la leche para el consumo humano que se obtenga, procese, envase, transporte, comercialice, expendi, importe o exporte en el país”, expedido por el Gobierno Nacional: El parágrafo 2 del artículo 47.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00148-00.](#)

12. La Ordenanza 00133 de 2011, “Por medio de la cual se determina el presupuesto de rentas, gastos e inversiones del Departamento del Atlántico para la vigencia fiscal de 2012”, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico: Los artículos 22 y 23.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de octubre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 08001-23-31-000-2012-90245-01.](#)

13. El Decreto 075 de 2013, “Por el cual se reglamentan el cumplimiento de los porcentajes de suelo destinado a programas de Vivienda de Interés Social para predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio: Las expresiones “solo” y “únicamente” del artículo 3; la expresión “únicamente” del artículo 4; la palabra “solamente” del artículo 6; la expresión “únicamente” del artículo 7 y el artículo 17.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de noviembre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00292-00.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. El Decreto 288 de 2014 «Por el cual se reglamenta la Ley 1580 de 2012», expedido por el Gobierno Nacional: La nulidad de las expresiones «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad cada uno» contenida en el artículo 2.º literal (e) y «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad» incluida en el artículo 3.º literal (d) del Decreto 288 de 2014, proferido por el Presidente de la República, «Por el cual se reglamenta la Ley 1580 de 2012», por vulnerar de forma directa los artículos 13 y 48 de la Constitución Política.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 12 de noviembre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-25-000-2016-00816-00\(3740-16\).](#)

2. La Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 «Por la cual se convoca al Concurso de Ingreso a la Carrera Diplomática y Consular para el año 2017», proferida por la ministra de Relaciones Exteriores: parcialmente el artículo 37, y declarada la legalidad condicionada del artículo 38.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 08 de abril de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2015-00963-00\(3920-15\).](#)

3. El Acuerdo 118 del 9 de septiembre de 2009 «destinado a la conformación del Registro Seccional de Elegibles para los cargos de empleados de carrera del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva y Oficinas de Coordinación Administrativa y de Apoyo de Florencia, Caquetá» proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila: en su totalidad.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de noviembre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2015-01035-00\(4501-15\).](#)

4. El Decreto 4353 de 25 de noviembre de 2005 expedido por el presidente de la República «por el cual se modifica la nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil», parcialmente, en lo que corresponde a la expresión «libre nombramiento y remoción» contenida en el artículo 1.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 08 de abril de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-25-000-2015-00469-00 \(1144-15\).](#)

5. Apartado B) del artículo 8 y artículo 10 del Acuerdo 20171000000086 de 2017, “Por el cual se modifica y adiciona parcialmente el Acuerdo No. 20161000001296 del 29 de julio de 2016, a través del cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de algunas entidades del Orden Nacional, Convocatoria No. 428 de 2016” expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Artículos 29 y 31 del Documento compilatorio de los acuerdos contenidos de la convocatoria 428 de 2016 -grupo de entidades del orden nacional.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de mayo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2017-00767-00 \(4044-17\) acumulados.](#)

6. El Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, “Por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970”, expedido por la presidencia de la República.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 13 de mayo de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-25-000-2014-01431-00\(4668-2014\).](#)

7. El Decreto 3323 de 2005 «Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones», expedido por el gobierno nacional, y, por conformar unidad normativa con este, la del Decreto 140 de 2006, y la de los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00210-00 \(1356-19\).](#)

8. La Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992, «por la cual se establece el Sistema de Clasificación y Nomenclatura de los empleados del Estado al Servicio de la administración central y descentralizada del Departamento y se fijan las escalas de asignación correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, en su artículo 36, que creó la prima semestral para los empleados de ese ente territorial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 23001-23-33-000-2013-00163-02 \(4789-18\).](#)

9. Artículo 1º parcial del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 “Por el cual se modifica el artículo 8º del Decreto 1227 de 2005”, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública. Literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, por la cual se establece el trámite de autorización de la prórroga del nombramiento bajo la modalidad de encargo o de nombramiento provisional. Expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 20 de mayo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2012-00795-00 \(2566-2012\) \(ver página 33 de este boletín\).](#)

10. El Decreto 026 del 09 de enero de 2018, “Por medio del cual se adiciona el Título 7 en la parte 2 del libro 2 del Decreto 1067 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”, expedido por la presidencia de la República.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 14 de octubre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2018-00302-00\(1046-18\).](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Los numerales 4.º, 5.º y 6.º del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional” que establecían reglas para el concurso de méritos abierto o con precalificación.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2021, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-26-000-2018-00061-00\(61463\).](#)

2. El numeral VII denominado “Concurrencia de selección abreviada por Acuerdo Marco de Precios y mínima cuantía”, del Manual para la Operación Secundaria de los Acuerdos Marco de Precios, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (CCE).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de abril de 2021, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001-03-26-000-2016-00017-00\(56307\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. El Concepto 7442 del 3 de abril de 2017, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de febrero de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2018-00001-00 \(23507\).](#)

2. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria*”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el parágrafo primero del artículo 1.2.1.20.7, modificado por el artículo 6 del Decreto 2250 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 18 de marzo de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2018-00020-00 \(23727\) Acumulado 24261.](#)

3. El Concepto 002501 del 21 de octubre de 2019, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (también identificado con el Oficio 026356 de la misma fecha).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de mayo de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2019-00059-00 \(25110\).](#)

4. El Concepto 100208221-529 del 13 de mayo de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: la expresión «Finalmente, es pertinente señalar que la notificación electrónica constituye un mecanismo de una sola vía, esto es, los administrados no están habilitados para responder o impugnar por vía electrónica el acto que se les notifica de manera electrónica».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de mayo de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2020-00011-00 \(25291\).](#)

5. El Concepto 100208221000521 del 5 de marzo de 2019, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (también identificado con el radicado 000S2019005739).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de julio de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00017-00 \(25346\).](#)

6. El Decreto 1419 del 6 de agosto de 2019, expedido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se reglamentan los artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2019-00046-00 \(24890\).](#)

7. Los conceptos 024096 del 20 de agosto, 027156 del 17 de septiembre y 034749 del 4 de diciembre, todos de 2015 y proferidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Los conceptos 14749008481216 del 8 de mayo de 2017 y 001961 del 25 de enero de 2019, proferidos por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00021-00 \(24576\).](#)

8. La Ordenanza 035 del 2 de diciembre de 2016, expedida por la Asamblea del departamento de Santander: El numeral 1 del artículo 2 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 68001-23-33-000-2018-00293-01 \(25506\).](#)

SECCIÓN QUINTA

La Resolución 2796 de 8 de noviembre de 2017, expedida por el Consejo Nacional Electoral, «por la cual se fijan los límites a los montos de gastos de las campañas electorales de las listas de candidatos al Senado de la República y a la Cámara de Representantes para las elecciones de 2018, se establece el monto máximo que cada partido o movimiento con personería jurídica puede invertir en ellas, y se fija el valor de reposición por voto válido».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 15 de abril de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2019-00026-00. \(ver página 88 de este boletín\).](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Se unificó la jurisprudencia en sede del mecanismo de revisión eventual de acción de grupo, en relación con los criterios para la determinación del grupo afectado y la individualización de sus miembros; el tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998; las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y los criterios para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en favor de sujetos de especial protección constitucional

Síntesis del caso: *Se resuelve la solicitud de revisión eventual de la sentencia de acción de grupo que condenó a la Empresa de Energía del Pacífico (EPSA) y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) por los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la apertura de compuertas y vertimiento de sedimentos al río Anchicayá. Lo anterior, dando alcance a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU-686 de 2015 y para unificar el criterio de esta Corporación con respecto a: i) los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, ii) el tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, iii) las competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y iv) los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional.*

ACCIÓN DE GRUPO – Procedencia / CRITERIOS PARA DETERMINAR EL GRUPO AFECTADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SUS MIEMBROS – Unificación jurisprudencial / CONDICIONES UNIFORMES DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO – Interpretación

Problema jurídico 1: *En materia de acción de grupo, ¿cuáles son los criterios para la determinación del grupo afectado y la individualización de sus miembros?*

Tesis 1: “Los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, establecen que los miembros del conjunto de personas que acuden a la jurisdicción mediante la acción de grupo deben reunir condiciones uniformes respecto de la causa originaria de los perjuicios cuya reparación pretenden [...]. Como puede advertirse, la jurisprudencia de la Corporación ha desarrollado dos posturas en torno a la determinación de los criterios para identificar a los miembros de un grupo. La primera de ellas alude a la i) identificación de los hechos dañinos uniformes para el grupo y ii) el respectivo análisis de su vinculación causal con los daños sufridos por sus miembros, mientras que la segunda recurre a la concurrencia de tres elementos, a saber: i) un mismo hecho o conjunto de hechos dañinos, esto es, identidad de la acción u omisión o de la conducta dañina, ii) que el hecho o hechos sean imputables a un mismo autor (o autores), que será la parte demandada y iii) una relación de causalidad próxima y determinante entre el hecho o hechos atribuibles al demandado y la lesión o daño antijurídico sufridos por los miembros del grupo. En este punto, la Sala considera que la segunda de las posturas sostenida por la Corporación desborda el contenido de lo previsto en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, toda vez que en esas disposiciones se señala que la uniformidad se predica respecto de la causa del perjuicio, cuestión que no incluye la atribución de los hechos dañinos a un determinado sujeto, pues esta cuestión corresponde a un análisis propio de la imputación del daño y no del elemento previo de la determinación del grupo. Por esta razón, no será acogida como la tesis jurisprudencial unificada sobre la materia. En otras palabras, como criterio de identificación del grupo no puede tenerse en cuenta la imputación o atribución de los hechos a los demandados, por cuanto este es un elemento propio del juicio de responsabilidad, una vez constatada la existencia y magnitud del daño acreditado por el grupo demandante. Para que sea procedente una acción de grupo es necesario que la misma permita la decisión unitaria de la controversia y para ello se requiere la existencia de aspectos de hecho o de derecho comunes (condiciones uniformes) entre los miembros del grupo. No se trata de que las situaciones particulares de todos los miembros del grupo sean idénticas o iguales, pues es claro que pueden resultar perjuicios o daños disímiles en cuanto a su modalidad e intensidad (tanto el quantum como la modalidad: patrimoniales, morales, etc.), sino que es necesario que entre las mismas exista un común denominador o núcleo que pertenece o se extiende a todos ellos, derivado de la conducta dañina del demandado. Dicho esto, procede la Sala a unificar la jurisprudencia de la Corporación sobre los criterios a partir de los cuales se determinan los miembros de un grupo. [...] Ahora bien, en relación con el establecimiento de criterios uniformes para la individualización

de los miembros del grupo, la Sala considera pertinente precisar que, dada la multiplicidad de situaciones y daños que pueden alegarse en la acción de grupo, resulta inviable identificar todos los criterios para la identificación de sus miembros, toda vez que esta cuestión dependerá en cada caso particular de las circunstancias específicas en que se ocasionó el daño cuya reparación se pretende, con la salvedad de que a cada persona, en aplicación de la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del CPC -art. 167 CGP- que pretenda integrarse en el respectivo grupo, le corresponderá acreditar que sufrió un daño antijurídico derivado de la misma causa compartida por el grupo, así como demostrar su causalidad.”

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INDEMNIZACIÓN COLECTIVA EN LA ACCIÓN DE GRUPO (LEY 142 DE 1998) – Cálculo y alcance / IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR EL VALOR DE LOS PERJUICIOS INDIVIDUALES – Para efectos del reconocimiento de la indemnización colectiva / TASACIÓN DEL PERJUICIO INDIVIDUAL PARA LOS MIEMBROS DEL GRUPO – Alcance

Problema jurídico 2: *¿Cuál debe ser el tratamiento de la indemnización colectiva de la Ley 142 de 1998, en materia de acción de grupo?*

Tesis 2: “El artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que la sentencia que acoja las pretensiones incoadas en la acción de grupo dispondrá, entre otros, del reconocimiento de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. En cumplimiento de ese precepto normativo, y en atención al objeto y propósito que tiene la acción de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano, el Consejo de Estado ha sostenido que [...] la indemnización colectiva no se reconoce a partir de asignaciones abstractas a un conglomerado de personas, sino que debe estar compuesta por la sumatoria de los valores a reconocer a cada miembro del grupo, según sea la tasación de los respectivos perjuicios. Sin embargo, hay eventos en los que, a pesar de encontrarse acreditado el acaecimiento de un daño antijurídico, no es posible determinar el valor de los perjuicios individuales, dada la ausencia de pruebas que demuestren el quantum indemnizatorio, debido a la imposibilidad o alta dificultad de su acopio. La Sala resalta que el punto de derecho fue abordado en la sentencia del 1° de octubre de 2019, proferida en el expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02 (AG) REV, mediante la cual se resolvió una revisión eventual. En la providencia en comento, luego de hacer un detallado recuento de los antecedentes jurisprudenciales aplicables, se precisó que la indemnización colectiva de que trata el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la sumatoria del perjuicio liquidado para cada uno de los miembros del grupo -incluyendo los que estimativamente se considere que concurrirán luego de haberse proferido el fallo- y se indicó que no es estrictamente necesario que todos los miembros del grupo acrediten los perjuicios sufridos individualmente a efectos de liquidar su indemnización, siempre que existan elementos objetivos que permitan efectuar la respectiva tasación. [...] En relación con estas consideraciones, la Sala Especial de Decisión expresamente señaló que el fallo se limitaba a verificar “el estado de la jurisprudencia sobre los temas de selección y descart[ó] la necesidad de unificar jurisprudencia sobre ellos, en tanto no encuentra criterios dispares de las diferentes Salas, Secciones o Subsecciones de la Corporación al respecto”. La Sala comparte ese criterio, dado que, en la sentencia en comento, proferida el 1° de octubre de 2019, se efectuó un acucioso recuento jurisprudencial en torno al tratamiento de la indemnización colectiva en acciones de grupo, en el que se concluyó que los pronunciamientos de la Corporación son unívocos en señalar que aquella corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasan para cada miembro del grupo, razón por la cual se considera innecesario dictar una sentencia de unificación al respecto, dado que no existe disparidad de criterios sobre el punto de derecho puesto a consideración de la Corporación en sede de revisión eventual. Ahora bien, en lo relativo a la liquidación del perjuicio individual, vale la pena destacar que, una lectura de esas mismas providencias permite concluir que la Corporación ha aceptado que, para efectos de tasar el perjuicio individual para los miembros del grupo, se puede acudir al criterio de la equidad consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, siempre que la prueba de los perjuicios resulte imposible o se carezca de elementos objetivos para la tasación de la indemnización”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la indemnización colectiva del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de octubre de 2019, Rad. 05001-23-31-000-2003-03502-02(AG)REV, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO – Naturaleza jurídica y función principal / DEFENSORÍA DE PUEBLO – Naturaleza y alcance de su competencia como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL – Competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos son administrativas

Problema jurídico 3: *¿Cuál es la naturaleza de las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos?*

Tesis 3: “[S]e tiene que los artículos 281, 282, 283 y 284 de la Constitución Política crean a la Defensoría del Pueblo como un ente autónomo administrativa y presupuestalmente, que hace parte del Ministerio Público

y cuya función principal es la promoción, ejercicio y divulgación de los Derechos Humanos en el territorio colombiano. A su vez, la Ley 472 de 1998, que desarrolla el artículo 88 constitucional, en su artículo 70 crea el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y en el artículo 72 se le otorga la administración de este fondo a la Defensoría del Pueblo con el fin de que se cumplan con las funciones consagradas en el artículo 71 de la misma ley [...]. De esta forma, es claro que la entidad competente para expedir el acto administrativo que reconoce el pago de la indemnización en el caso de una sentencia de acción de grupo condenatoria, es la Defensoría del Pueblo, específicamente, la Oficina Jurídica de dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 10 del Decreto 025 de 2014. [...] [P]ara la Sala no existe discusión respecto del carácter eminentemente administrativo de las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por lo que su labor debe limitarse únicamente a asegurar el cumplimiento de la obligación indemnizatoria fijada por la sentencia condenatoria dentro del marco de sus funciones”.

CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS INMATERIALES EN FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Unificación jurisprudencial

Problema jurídico 4: *¿Cuáles son los criterios para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en favor de sujetos de especial protección constitucional?*

Tesis 4: “De esta manera, señalados los parámetros bajo los cuales la jurisprudencia actualizada del Consejo de Estado reconoce daños inmateriales, la Sala unifica la jurisprudencia de esta Corporación, i) con base en el criterio reiterado, pacífico y consolidado, según el cual el reconocimiento de las tres tipologías de daño inmaterial está sujeto a que se pruebe el mismo junto con sus características de cierto, personal y directo; ii) frente al reconocimiento de las tipologías de daño moral y daño a la salud, el hecho de que un sujeto de especial protección constitucional intervenga no es un criterio determinante a la hora de examinar si se causó el daño, puesto que en todo caso, se debe demostrar su correspondiente afectación en las esferas que estas tipologías protegen; por el contrario, iii) al momento de reconocer la tipología de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, la situación de vulnerabilidad del sujeto de especial protección constitucional hace que el juez competente deba evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso, por último, iv) cuando se trate de una acción de grupo, el reconocimiento de estos perjuicios estará ligado a que la persona sea reconocida, en las oportunidades previstas por la Ley 472 de 1998, como integrante del grupo demandante”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECONOCIMIENTO DE HONORARIOS EN FAVOR DE LOS ABOGADOS DE LAS VÍCTIMAS DEMANDANTES – Es desproporcionado e inequitativo que reciban sumas superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño / RECONOCIMIENTO EXCESIVO DE HONORARIOS – Afecta la reparación integral de las víctimas

Problema jurídico: *¿Es proporcional y equitativo que los abogados del grupo demandante reciban sumas superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño reconocido en la acción de grupo?*

Tesis: “Fundamentalmente, mi desacuerdo radica con el reconocimiento de honorarios, dispuesto en el ordinal décimo primero de la parte resolutive [...]. Por fortuna, la sentencia examinó la conducta del abogado coordinador para concluir que sus prácticas desleales y contrarias a la lealtad procesal impedían el reconocimiento de honorarios del 10 % de la indemnización que obtuvo cada miembro del grupo que no haya sido representado judicialmente. Que, por el contrario, procedía la reducción de honorarios, del 10 % al 3 %. Aunque comparto los anteriores argumentos, considero que la ponderación e interpretación del numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, debió utilizarse para limitar, en sus justas proporciones, el reconocimiento de honorarios. [...] A mi juicio, es desproporcionado e inequitativo que los abogados del grupo demandante reciban sumas superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño. Desde luego, reconozco que el problema está en el artículo 65-6 de la Ley 472, cuya aplicación trae este tipo de consecuencias, que se revelan inequitativas e injustas. Empero, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez, tiene potestades para prevenir este tipo de situaciones y lograr que sea real la justicia de la sentencia y, por ejemplo, en el caso, pudo inaplicar esa norma para reconocer los honorarios merecidos, que, como se sabe, necesariamente deben atender a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los

abogados demandantes, tal como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al artículo 366 CGP. Es más, como los honorarios hacen parte del concepto de agencias en derecho, la sentencia también pudo aplicar las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo PSAA 16-101554 del 5 de agosto de 2016). Por último, considero que la sentencia debió tener en cuenta que, en materia de responsabilidad extracontractual, rige el principio de reparación integral del daño, según el cual se debe indemnizar el daño causado, solamente el daño causado y nada más que el daño causado. El reconocimiento excesivo de honorarios afecta la reparación integral de las víctimas, pues la suma reconocida de más a los abogados podría hacer parte del monto dispuesto para la indemnización individual de quienes sufrieron el daño, como consecuencia del vertimiento de sedimentos al río Anchicayá”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, S.P.V. Julio Roberto Piza Rodríguez.](#)

Aclaración de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE GRUPO DEL CASO CONCRETO – La sentencia no los delimitó con la especificidad requerida / IDENTIFICACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO QUE PRESENTEN RECLAMACIONES – Reglas

Problema jurídico: *¿Se delimitaron, con la especificidad requerida, los criterios para que la Defensoría del Pueblo pueda identificar los miembros del grupo que presenten reclamaciones?*

Tesis: “Si bien se concluyó que “[...] Todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por la EPSA [...]”, son beneficiarias de la indemnización de perjuicios declarada, tal determinación no delimitó, con la especificidad requerida, los criterios para el cumplimiento de las funciones administrativas que le corresponden a la Defensoría del Pueblo, cuando acudan las personas que se sumen al grupo y deban acreditar que padecieron los daños antijurídicos comprobados y reconocidos mediante el fallo. En efecto, si bien es cierto, se estableció que quienes presenten reclamaciones para hacerse parte del grupo “deberán demostrar por cualquier medio idóneo que durante los años 2001 y 2002 residieron o laboraron en la zona afectada por el vertimiento de lodos y que se vieron perjudicados por el mismo. Por tanto, es posible aportar facturas de algún servicio público domiciliario, contrato que demuestre la condición de arrendatario, permiso de pesca comercial artesanal, permiso de comercialización de productos pesqueros, certificado de afiliación o desafiliación de embarcaciones, títulos de propiedad individual o colectiva, facturas de venta de pescado, facturas de compra de elementos idóneos para realizar la actividad pesquera y contratos de alquiler de lancha o algún otro medio de transporte fluvial idóneo para realizar la actividad pesquera”, también lo es que esta alusión fue a título de ejemplo, y respecto de diversas situaciones fácticas para el reclamo de la condena, no así, para el señalamiento de las reglas que incluyeran: i) la delimitación del área de afectación, esto es, frente a la franja del río que sufrió el vertimiento; ii) las condiciones de la prueba para acreditar la “RESIDENCIA” o la situación “LABORAL” en la zona, pues si bien es válido la libertad probatoria, debieron establecerse las características de concurrir en una de estas condiciones, y iii) el plazo para aportar las pruebas a efectos de ser cobijado con la indemnización. Ante estas determinaciones, resultaba necesario establecer tales reglas para no dejar en manos de la Defensoría del Pueblo la identificación de las mismas, las que debían constituir la definición “clara y explícita de todos los elementos de la obligación indemnizatoria” como referente y marco de la decisión que se unificó”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, A.V. Nubia Margoth Peña Garzón](#)

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO AL MOMENTO DE EXPEDIR EL ACTO QUE RECONOCE EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN – Requería mayor profundización y claridad

Problema jurídico 1: *¿Se delimitaron, con suficiente profundización y claridad, los criterios que debería tener en cuenta la Defensoría del Pueblo al momento de expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización a los miembros del grupo?*

Tesis 1: “Si bien dentro de la sentencia se alude de los criterios que se deben tener en cuenta para que la Defensoría del Pueblo pueda expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización tratándose de la acción de grupo, considero que debió especificarse cómo el juez puede individualizar a los beneficiarios de las indemnizaciones, cuáles criterios se tendrán en cuenta para ello, cuál es la oportunidad para acreditarlo, pues, de lo contrario, en realidad no se estaría unificando jurisprudencia sino haciendo una clarificación del contenido de diferentes sentencias en los que se han analizado los mentados criterios a la luz de la particularidad de los respectivos casos. En esa línea, estimé útil que la entonces ponencia de fallo señalare: (a) los elementos probatorios básicos con los que la Defensoría del Pueblo se puede guiar para la emisión de su acto ante solicitudes de sujetos que no fueron parte dentro de la acción de grupo; (b) el tiempo que se tiene para que estos sujetos puedan acreditar su legitimación. Todo ello no implica, per se, una limitación al ámbito de competencia que tiene la Defensoría en esa materia, y aunque el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que una vez efectuada la publicación de la sentencia y ejecutoriado el auto de obedécese y cúmplase, los interesados disponen de un plazo de 20 días para solicitar la correspondiente indemnización ante dicha autoridad, no hubiera estado de más que en la providencia se aludiera este término”.

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS QUE PERMITEN EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES A FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Requería mayor profundización y claridad

Problema jurídico 2: *¿Se delimitaron, con suficiente profundización y claridad, los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional?*

Tesis 2: “Aunque la providencia cuenta con un apartado propio en relación con el eje temático aquí señalado, no puede perderse de vista que las comunidades indígenas, raizales y negras, cuentan con una cosmovisión propia sobre su territorio, por lo que, respetuosamente solicité se tuviera en cuenta que, tratándose de daños ambientales, esto guarda una intrínseca relación con las citas evocadas en el hoy fallo y, ese criterio diferenciador es lo que permitiría al juez de la acción de grupo tener un punto de inflexión con asuntos dictados dentro de supuestos generales poblacionales y grupales, para dar viabilidad a la aplicación de presunciones del daño moral inmaterial al provenir de una afectación o vulneración de sus derechos constitucionales especiales, en razón a la etnia. Así las cosas, los ejemplos referidos por los que no se accedió a ello, considero que no guardaban relación con la particularidad de este caso y es que, en ninguno de esos casos, aun cuando hubo una afectación al medio ambiente, los directamente vulnerados con esta situación pertenecían a las mentadas comunidades. [...] debe entenderse que el arraigo a su identidad cultural a través de su autorreconocimiento, cuya manifestación se puede ver reflejada en pertenecer a determinada comunidad dentro de los grupos especiales reseñados, siempre que se hubiere demostrado su constitución de manera previa al acaecimiento del suceso catastrófico, podría otorgarle la presunción de este perjuicio sin que ello desnaturalice la figura de la acción de grupo pues, incluso en la misma sentencia refiere, lo que se busca es un resarcimiento colectivo a los afectados, y con ello la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo esté alineada armónicamente con los preceptos constitucionales planteados tanto en la Carta Política como en su juez natural supremo, de cara a la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, A.V. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez](#)

2. La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. El

juez natural para conocer y dirimir estas controversias es el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Síntesis del caso: *Se declaró la improcedencia de la acción de grupo cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de empleados públicos, señalando que corresponde al sistema jurídico laboral compensar e incluso indemnizar tales falencias.*

ACCIÓN DE GRUPO – Es improcedente cuando se pretenda indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos / PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE ACREENCIAS LABORALES – Competencia del sistema jurídico laboral / INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE ACREENCIAS LABORALES – A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / DEBIDO PROCESO / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Problema Jurídico: *¿La acción de grupo procede “en aquellos eventos en que se persigue la reparación de perjuicios ligados al incumplimiento de acreencias laborales, indemnización que puede concretarse [...] en la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento tardío de reajustes salariales”?*

Tesis: “Con el fin de desatar el mecanismo de revisión objeto de análisis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que en el presente caso hay lugar a unificar jurisprudencia en el sentido que la acción de grupo resulta improcedente cuando se pretenda indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. [...] En efecto, la afirmación incontestable de que la acción de grupo tiene naturaleza y finalidad indemnizatorias, como se explicó de manera amplia en el acápite correspondiente, lleva a concluir que aquella no es una vía procesal por la que puedan tramitarse pretensiones de carácter laboral, premisa que ha sido aceptada pacíficamente por esta Corporación y cuya justificación sigue teniendo plena vigencia. [...] Como puede observarse, el análisis de un perjuicio producido en un escenario laboral no se puede aislar del análisis de la prestación principal en su esencia, pues el primero tiene su génesis en la existencia y vulneración de la segunda. En ese sentido, son daños intrínsecos al sistema laboral, que encuentran causalidad en el vínculo jurídico empleador-empleado y que, por ende, deben indemnizarse en aplicación de los principios y reglas nacionales e internacionales de protección del trabajo. [...] Este argumento lleva a concluir que los efectos del incumplimiento de acreencias laborales y cualquier tipo de mecanismo correctivo que permita enderezar, compensar e incluso indemnizar tales falencias deben preferir el sistema jurídico laboral y, con ello, el juez laboral de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual también tiene como finalidad reparar los perjuicios que sean causados. Mutis mutandis, el conocimiento de los hechos que deban enjuiciarse a la luz de los elementos previstos en el artículo 90 Superior, relativos a la existencia de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública, corresponde al juez de la acción de grupo, como juez de la responsabilidad del Estado. [...] Lo anterior, bajo el entendido de que razonar en términos de especialidad permite la salvaguarda de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva pues se brinda a los usuarios del servicio público de justicia la garantía de que su causa está siendo conocida por un juez investido de los conocimientos jurídicos y técnicos que se requieren para dirimir la controversia. [...] La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite la indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. En tales casos, el juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\)](#)

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO – Pretensiones indemnizatorias de naturaleza laboral / REGLA DE UNIFICACIÓN - Interpretación

Problema Jurídico: *¿la regla de unificación desconoce la regulación legal de la acción de nulidad y restablecimiento y de la acción de grupo?*

Tesis: “En el fallo de unificación no se establece que las reclamaciones laborales que impliquen anular un acto administrativo no pueden tramitarse mediante una acción de grupo. Se adopta una regla mucho más general, que resulta aplicable a los procesos regidos por el CPACA: ninguna pretensión de naturaleza laboral, que provenga de un acto administrativo, de un hecho o de una omisión, así cause perjuicios uniformes a un grupo de más de veinte personas, puede tramitarse a través de una acción de grupo. Esto es lo que hace que sus efectos sean muy graves. Considero que la regla de unificación no interpreta las normas legales vigentes; por el contrario, desconoce la regulación legal de la acción de nulidad y restablecimiento y de la acción de grupo. Bajo las reglas del C.C.A. no podía afirmarse que todas las pretensiones indemnizatorias de naturaleza laboral debían reclamarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento; y en el contexto normativo tampoco podía concluirse la improcedencia de la acción de grupo para reclamar indemnizaciones de naturaleza laboral, cuando no fuera necesario impugnar la legalidad de un acto administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\) S.V. Martín Bermúdez Muñoz](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REPARACIÓN DIRECTA

Problema Jurídico: *¿Se excedió el ámbito de competencia de la Sala, que había sido determinado en el Auto en el cual se avocó conocimiento?*

Tesis: “Los motivos de mi voto disidente son: (1) se excedió el ámbito de competencia de la Sala, que había sido determinado en el Auto en el cual avocó conocimiento; (2) se unificó con una metodología inapropiada, pues primero se crearon reglas generales y luego se decidió el caso; (3) se dieron efectos retroactivos a la decisión, sin explicar su fundamento y posiblemente en contra de algunos derechos; (4) se restringió indebidamente, en contra de normas superiores, el ámbito de aplicación de la acción de grupo; (5) se hizo una distinción que no tiene fundamento constitucional y es contraria al derecho de daños, entre restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios; y (6) se desconoció la historia de los medios de control que no tiene un fundamento sustantivo, sino procesal, para distinguir entre acción de reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho. [...] Considero que la Sala no debió exceder el ámbito de competencia que se había demarcado en el Auto por medio del cual avocó conocimiento para, con un claro propósito expansivo y generalizador, hacer afirmaciones sobre todas las acreencias laborales y la improcedencia absoluta de la acción de grupo en esta materia. Por ello, pese a que se presenten afirmaciones como las citadas que pueden hacer pensar en alcances mayores de la sentencia de la que disiento, entiendo que solamente se unificó jurisprudencia en relación con lo que explícitamente se consignó en la parte resolutive de la decisión, esto es, la improcedencia de la acción de grupo en materia de “indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Alberto Montaña Plata](#)

Salvamento de voto del consejero Alexander Jojoa Bolaños (E)

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO – En algunos casos es el medio más garantista en la protección de los derechos laborales

Problema Jurídico: *¿la nulidad y restablecimiento del derecho siempre garantiza la protección de los derechos laborales?*

Tesis: “Para proteger los derechos laborales no era necesario exigir que todas las pretensiones laborales se ventilaran a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, dado que hay pretensiones que por su escasa rentabilidad resultan muy onerosas para el trabajador individualmente considerado. En contraste, la suma de las indemnizaciones que pueden obtener los empleados que compartan una causa, les permite proceder judicialmente para reclamar sus derechos, pues el costo del proceso judicial es asumido por unos pocos, quienes benefician a la colectividad de la que hacen parte. Litigio que podría convertirse en una plataforma para transformar las condiciones laborales a favor de los empleados. Por tanto, el juez de la nulidad y restablecimiento no es el más garantista en todos los casos, pues para acudir a él hay que agotar ciertos trámites que pueden desincentivar al empleado. En esos asuntos, el juez de la acción de grupo sí puede garantizar el acceso efectivo a una garantía judicial, porque facilita los medios de defensa a los empleados

que de otra forma deberían erogar más de lo que significaría una eventual condena a su favor”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Alexander Jojoa Bolaños](#)

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INCREMENTO SALARIAL - Reconocimiento

Problema Jurídico: *¿el reconocimiento del derecho al incremento salarial es una cuestión que previamente debió reclamarse a la administración?*

Tesis: “En definitiva, como son evidentes las diferencias entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de grupo, considero que, a pesar de la autorización del artículo 145 CPACA, siempre que exista un acto administrativo desfavorable lo procedente es ejercer la respectiva acción de impugnación para que el juez examine la legalidad de la decisión y, si fuera el caso, restablezca el derecho conculcado y/o ordene la indemnización de perjuicios. En asuntos como el estudiado, la conclusión es mucho más simple: el reconocimiento del derecho al incremento salarial es una cuestión que previamente debió reclamarse a la administración. El control judicial, vía nulidad y restablecimiento del derecho de contenido laboral, solo se activa cuando la administración, mediante acto expreso o ficto, deniega el reconocimiento de tal derecho. Advertida la nulidad del acto, el juez puede declarar la nulidad y reconocer el incremento salarial, incluso podrá ordenar que se indemnicen los perjuicios causados”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Julio Roberto Piza Rodríguez](#)

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Alcance de las subreglas jurisprudenciales / ACREENCIA LABORAL / ACCIÓN DE GRUPO - Finalidad

Problema Jurídico: *¿las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión desbordan el ámbito de la unificación?*

Tesis: “Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales, lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la improcedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. [...] Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales, lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la improcedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. De suyo, la base que permitió a la Sala Plena privilegiar la plenitud de la jurisdicción laboral para conocer, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las pretensiones indemnizatorias referidas a la indexación y a los intereses moratorios por el incumplimiento o pago tardío de los salarios, es la redefinición del concepto de “acreencia laboral” en el sentido de cobijar cualquier contingencia que tenga como causa la relación laboral. Me aparto de este razonamiento general, amplio y abstracto, porque no está acorde con la naturaleza y finalidad que tienen cada acción conforme con la ley, confunde el origen de la acreencia con la fuente del daño, y, por esta vía, impone restricciones a la finalidad y efecto útil de la acción de grupo, no previstas en el ordenamiento constitucional y legal, ni desarrolladas por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo que se ha ocupado de esta materia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Rocío Araújo Oñate](#)

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

SALVAMENTO DE VOTO / CASO CONCRETO – Regla de unificación no consulta las normas constitucionales y legales aplicables a dicha acción.

Problema Jurídico: *¿la regla de unificación consulta las normas constitucionales y legales aplicables a la acción de grupo?*

Tesis: “Con el respeto debido por la decisión mayoritaria de la Sala, expuesta en la providencia del 13 de julio de 2021, me permito salvar el voto, por cuanto considero que la regla de unificación, conforme con la cual, «[l]a acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. El juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», no consulta las normas constitucionales y legales aplicables a dicha acción”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Stella Jeannette Carvajal Basto](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO – No reemplaza ni sustituye el mecanismo previsto por el ordenamiento para que un afectado por la mora en el pago de una acreencia laboral, previa decisión de la Administración, acuda al juez administrativo competente para conocer de las controversias entre el Estado empleador y sus servidores / FALLO DE UNIFICACIÓN - Se trata de una decisión que, al reconocer un derecho, sirve de criterio auxiliar de la actividad judicial para resolver controversias con similares supuestos fácticos y jurídicos. FALLO DE UNIFICACIÓN - No cumple su función si la decisión niega las pretensiones / REGLA O “PRECEDENTE JUDICIAL” - El juez tiene prohibido proveer por vía de disposición general en los negocios de su competencia / CADUCIDAD PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES - Como el término para formular un medio de control se fija en un precepto de orden público, el interesado en la reclamación no puede “escoger” el término que le sea más beneficioso.

Problema Jurídico: *¿la acción de grupo es el mecanismo idóneo para resolver controversias entre el Estado empleador y sus servidores por la norma en el pago de una acreencia laboral?*

Tesis: “Como todo medio de control judicial, la acción de grupo tiene un propósito específico: la reparación de un daño a un grupo plural de personas, que tiene una causa común. Por ello, esta acción no tiene un carácter sucesivo o paralelo en relación con otras acciones judiciales. Acompañé el fallo porque la acción de grupo no reemplaza ni sustituye el mecanismo previsto por el ordenamiento para que un afectado por la mora en el pago de una acreencia laboral, previa decisión de la Administración, acuda al juez administrativo competente para conocer de las controversias entre el Estado empleador y sus servidores (nulidad y restablecimiento del derecho). Propiciar la multiplicidad de recursos judiciales para un mismo propósito atenta contra la coherencia del ordenamiento jurídico y destruye la seguridad jurídica, fundamento esencial de la convivencia pacífica. Podría reprocharse que el criterio que adoptó la Sala priva a los afectados por la mora en el pago de acreencias laborales de acudir a la acción de grupo o de acogerse al grupo beneficiario de un fallo favorable. Sin embargo, la acción de grupo -se reitera- no es el mecanismo para reclamar el pago de esa mora. Admitir el criterio contrario, implicaría permitir que el afectado por esa situación, a su arbitrio, decida si acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho -dentro del término de caducidad de cuatro meses para formular la demanda- o si se beneficia de un término mayor previsto para la acción de grupo -los dos años siguientes a la fecha en que se originó el daño-. El término de caducidad está previsto en un precepto de orden público (arts. 13 CGP y 164 CPACA) -indisponible para el juez y las partes-. Está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar ante las autoridades competentes. La seguridad jurídica no es compatible con dejar en manos del titular de la acreencia laboral, que “escoja” el término de caducidad que gobierna su reclamación”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Guillermo Sánchez Luque](#)

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO - Carácter indemnizatorio / ACCIÓN DE GRUPO – Alcance

Problema Jurídico: *¿Se limitó injustificadamente el carácter indemnizatorio de la acción de grupo?*

Tesis: “Lo anterior, porque con el debido respeto considero que excedió el ámbito de competencia con que se contaba para abordar la resolución del asunto. De una parte, porque la regla establecida se soportó en argumentos que cobijan emolumentos diferentes a los que dieron origen a la reclamación del grupo (indexación de salario e intereses moratorios). De otra, porque se extiende a las acciones de grupo reguladas en una codificación diferente a aquella definida por la Sala Plena al momento de avocar el conocimiento del asunto (Código de lo Contencioso Administrativo). Adicionalmente, considero que la regla establecida por la mayoría de la Sala Plena limita injustificadamente el carácter indemnizatorio de la acción de grupo, pues sustrae las acreencias laborales de su ámbito de reclamación, con independencia de su naturaleza retributiva o indemnizatoria; actuación que no solo confunde el medio de reclamación con el derecho sustancial aplicable, sino que afecta el plexo de garantías con las que un sector de los administrados (servidores públicos) cuentan para obtener la indemnización de perjuicios de “baja entidad”, al tiempo que mina la función de disuasión que se le ha reconocido al mecanismo en comento”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello](#)

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

SALVAMENTO DE VOTO / DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Limitación / ACCIÓN DE GRUPO / ACREENCIAS LABORALES – Pago tardío

Problema Jurídico: *¿existe fundamento constitucional o legal que impida a los demandantes acudir a la acción de grupo con la finalidad de obtener indemnización de perjuicios por el daño causado por el reajuste tardío o no realizado de sus salarios como servidores públicos?*

Tesis: “Es contraria a la Constitución Política (artículo 89) y a la Ley 472 de 1998 (artículos 46 y 47) la conclusión a la que se llegó en el fallo, en el sentido de que «[L]a indexación y el pago de intereses moratorios, como medidas correctivas con miras a restablecer los derechos laborales violentados e indemnizar los perjuicios que con ello se hayan podido generar, se enmarcan en un escenario laboral que resulta extraño al ámbito de responsabilidad patrimonial estatal que se discute en la acción de grupo, por lo que en tales eventos esta vía procesal se torna improcedente» (párrafo 105). Cohíbe el pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos la aseveración que se hace en la providencia aprobada, en cuanto que el «juez natural para conocer las controversias en las que se exija su pago, será el juez laboral de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», puesto que no se encuentra fundamento constitucional ni legal que impida a los demandantes acudir a la acción de grupo con la finalidad de obtener indemnización de perjuicios por el daño causado por el reajuste tardío o no realizado de sus salarios como servidores públicos. Ni el constituyente ni el legislador consagraron una restricción de tal entidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Carmelo Perdomo Cuéter](#)

Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

ACLARACIÓN DE VOTO / MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN – Finalidad

Problema Jurídico: *¿la Sala debió confirmar, revocar o modificar la sentencia objeto de revisión?*

Tesis: “A mi juicio, la justificación que plantea la sentencia como razón suficiente para no revisar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, no se aviene a la finalidad de este instrumento procesal, pues, el fundamento del mecanismo de revisión eventual, no es el desconocimiento de una sentencia de unificación jurisprudencial previa, como si ocurre, por ejemplo, con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, previsto en los términos de los artículos 256 y siguientes del CPACA, sino unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, en procura de lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales, como se deriva del artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de

la Ley 1285 de 2009. En el presente caso, se fijaron las reglas de unificación sobre la improcedencia de la acción de grupo para reclamar el pago de indexación e intereses moratorios por el reconocimiento tardío de los reajustes salariales, aspecto que comparto plenamente. Sin embargo, la Sala debió, seguidamente, proceder a confirmar, revocar o modificar la sentencia objeto de revisión, pues, no otro es el sentido de seleccionar y luego avocar el conocimiento de un asunto, sino es para culminar con un juicio que disponga, finalmente, en qué términos queda el fallo objeto de revisión, luego de señalar las reglas de unificación jurisprudencial. Esta omisión no solo envuelve una incongruencia en sí misma, sino un equívoco, en tanto, se dijo que la razón para no revisar el fallo, era la ausencia de una sentencia de unificación sobre la materia, o lo que es lo mismo, que las decisiones “constan en autos de ponente o en sentencias proferidas por subsección” y, en tal sentido, “no se observa que previo al proferimiento de esta sentencia existiere una posición que, en los términos del artículo 270 del CPACA, pudiera considerarse como genuina de unificación jurisprudencial”, por cuanto esto es, justamente, el objeto del mecanismo de revisión eventual”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Luis Alberto Álvarez Parra](#)

Salvamento de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO - Es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos

Problema Jurídico: *¿La acción de grupo es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos?*

Tesis: “El suscrito Magistrado considera respetuosamente que la acción de grupo es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos, así: En virtud de la Ley 472 y los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, señalados supra, la acción de grupo es procedente para reclamar la indemnización de perjuicios, toda vez que procede respecto de toda clase de derechos subjetivos de origen constitucional o legal sin la exclusión de ninguna índole. A su vez, porque el reconocimiento de la indexación y de los intereses moratorios no “[...] son emolumentos de naturaleza laboral [...]”, en la medida que no corresponden a una retribución directa por los servicios prestados y, por el contrario, buscan: Castigar al deudor incumplido por el pago tardío de la obligación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos en la ley y ajustar al valor real una suma de dinero previamente reconocida, equivalente al perjuicio recibido por no el cumplimiento tardío de una obligación de carácter laboral (salarios y prestaciones). Su reconocimiento presupone la existencia de una obligación incumplida, cuya omisión produjo un perjuicio, que, en el caso sub examine, corresponde a la pérdida del poder adquisitivo de los salarios y prestaciones sociales que en su momento debieron recibir de manera oportuna los empleados públicos de la Gobernación del Departamento de Antioquia; es decir, que están encaminados a obtener un resarcimiento de perjuicios y no la declaración y existencia de un derecho laboral. En el caso sub examine la causa del daño reclamado no surge (sic) de un acto administrativo, sino de la conducta omisiva de la administración”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Hernando Sánchez Sánchez](#)

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Procedencia / REAJUSTES SALARIALES – Pago tardío / ACCIÓN DE GRUPO – Intereses moratorios e indemnización por pago tardío de reajustes salariales cuando ya han sido reconocidos / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Limitación

Problema Jurídico: *¿debió resolverse el caso concreto, sin proferirse una sentencia de unificación?*

Tesis: “Disiento de la unificación que se hizo en la providencia por cuanto, si bien es cierto, es pacífico que las acreencias laborales a las que tiene derecho el trabajador como retribución del servicio no pueden ser reclamadas a través de una acción de grupo, en lo que tiene que ver con el perjuicio, hay eventos, en los que puede ser autónomo, verbigracia, cuando la administración expide un acto reconociendo la prestación, pero ésta se hace efectiva tiempo después. (viii) De modo que unificar alrededor del tema de que las sumas que

se soliciten por concepto de intereses moratorios e indemnización derivada del pago tardío de reajustes salariales cuando ellos ya han sido reconocidos, no puedan ser pedidas a través de la acción de grupo, desconoce los casos en que el perjuicio es autónomo y se reúnen los requisitos para que proceda esta acción; esto es, que exista identidad de causa y objeto, entendida como unos mismos fundamentos de hecho y de derecho, así como idénticas pretensiones. [...] Por lo tanto, considero que debió resolverse el caso concreto, sin proferir una sentencia de unificación alrededor de este tema, ya que existen sucesos que no encuadran dentro de la regla fijada y lo decidido puede implicar una restricción al acceso a la administración de justicia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Oswaldo Giraldo López](#)

Salvamento de voto del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas

SALVAMENTO DE VOTO / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES / DERECHO AL TRABAJO – Derecho universal que amerita protección

Problema Jurídico: *¿se le podía exigir a los demandantes escoger determinada vía procesal para proponer sus pretensiones?*

Tesis: “En ese escenario, si la jurisprudencia no tiene claridad sobre el medio de control procedente, no debe prevalecer un formalismo frente al derecho sustancial o la propia justicia. Sobre el particular, resulta importante recordar que el derecho al trabajo es un derecho universal que amerita protección, pues las familias necesitan recursos, y, a falta de estos últimos, no puede haber empresa ni desarrollarse la sociedad. [...] El Estado es una organización política que se estructura para defender los derechos de las personas, y para cumplir tal obligación debe haber un respeto por los derechos del otro, por la diversidad y por la justicia. Sobre el particular, en Sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional precisó que el Estado Social de Derecho brinda situaciones mínimas de trabajo, de vivienda y de seguridad social, pero no como caridad, sino como un verdadero concepto o derecho. Con base en lo anterior, considero que debe prevalecer el debido proceso y el derecho sustancial, y no se le podía exigir a los demandantes escoger determinada vía procesal para proponer sus pretensiones, pues ni siquiera existe uniformidad en la Sala al respecto”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Rafael Francisco Suárez Vargas](#)

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Alcance de las reglas jurisprudenciales / ACREENCIA LABORAL – Pago tardío / ACCIÓN DE GRUPO / INDEXACIÓN – Reclamación / INTERESES MORATORIOS – Reclamación

Problema Jurídico: *¿la sentencia estableció unas subreglas generales que desbordaron el problema jurídico planteado por la litis?*

Tesis: “Si bien comparto el sentido de la decisión y la regla de unificación atrás señalada, estimo que la formulación de las premisas a partir de las cuales se definió el asunto fue a tal punto general que se terminaron incluyendo temas distintos a los estrictamente planteados por el caso concreto, lo cual no solo desbordó el ámbito que correspondía en sede de unificación, sino que también puede plantear problemas futuros de interpretación y aplicación. Me refiero, específicamente, a la definición que se incluyó sobre el concepto de acreencia laboral y a la alegada vocación de plenitud que se le atribuyó al sistema laboral administrativo. En relación con estos aspectos, considero que la sentencia estableció unas -si se permite- subreglas generales que desbordaron el problema jurídico planteado por la litis, problema que se refería, específicamente, a la procedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación, los intereses moratorios por el monto no pagado por ese concepto y el reajuste salarial retroactivo junto con los intereses correspondientes por la mora”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Nicolás Yepes Corrales](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. La Sala Plena de conjuces de la Sección Segunda, profirió sentencia de unificación en relación con el reconocimiento de la prima especial de servicios, regulada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a los Fiscales que se acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que vincularon con posterioridad a la entidad.

Síntesis del caso: *Fiscal delegada ante los jueces municipales y promiscuos, solicitó el reconocimiento y pago de la prima especial mensual equivalente al 30% del salario básico prevista en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, y el consecuentemente reajuste del salario y prestaciones sociales. La administración negó la petición, por considerar que, dicho benefició no se consagraba a favor de quienes se vincularon a la entidad con posterioridad a la vigencia del Decreto 53 de 1993.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN/ RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA ESPECIAL A LOS FISCALES QUE ACOGIERON EL RÉGIMEN SALARIAL DEL DECRETO 53 DE 1993 O QUE SE VINCULARON CON POSTERIORIDAD A LA ENTIDAD

Problema jurídico: *¿Procede el reconocimiento de la prima especial, consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a aquellos Fiscales que se acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad?*

Tesis: “UNIFICAR JURISPRUDENCIA respecto a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 y su reconocimiento a aquellos Fiscales que acogieron al régimen salarial del Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad, en los siguientes términos: 1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. 2. La prima especial constituye factor salarial sólo para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación. 3. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. 4. Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho desde 1998 a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial. 5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969”.

Con salvamento de voto de los conjuces Pedro Alfonso Hernández Martínez, Nubia González Cerón, Hugo Alberto Marín Hernández, Alfonso Palacios Torres.

RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA ESPECIAL A LOS FISCALES QUE SE ACOGIERON AL RÉGIMEN SALARIAL DEL DECRETO 53 DE 1993 O QUE SE VINCULARON CON POSTERIORIDAD A LA ENTIDAD– Improcedencia

Problema jurídico : *¿Procede el reconocimiento de la prima especial, consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a aquellos Fiscales 1993 o que se hayan vinculado de manera posterior a la entidad?*

Tesis: “En 1992 el Legislador excluyó de manera expresa, como destinatarios de la prima especial, a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que optaran por la escala de salarios que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1993. De esa exclusión también hacen parte los servidores vinculados con posterioridad a la vigencia del Decreto 53 de 1993 -1 de enero de 1993, según lo normado en el artículo 18 de ese Decreto-. Esa determinación no fue alterada por la Ley 332 de 1996 y, menos aún, por la Ley aclaratoria 476 de 1998, que no propició antinomia o contradicción alguna que dé lugar a aplicar el principio

de favorabilidad. Por consiguiente, desde 1992 el Gobierno Nacional carece de competencia para incluir, en los decretos generales de salarios y prestaciones sociales de los empleados oficiales, la prima especial del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 a favor de los servidores de la Fiscalía que hagan parte de los dos grupos referenciados, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, el Gobierno debe atender a las normas generales, los objetivos y los criterios que, en lo atinente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, adopte el Legislador. La falta de competencia del Gobierno para extender la prima especial a los dos grupos de servidores de la FGN tantas veces aquí mencionados, condujo a la Sección Segunda del Consejo de Estado a declarar la nulidad de las normas incluidas en los decretos del Gobierno Nacional que así lo habían dispuesto por la vía de asignar al 30% de la remuneración de ese personal el carácter de prima especial, sin carácter salarial, lo que afectaba negativa, ilegal e inequitativamente, la base de liquidación de la pensión de jubilación; para acatar las decisiones en ese sentido proferidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el Gobierno Nacional dejó de incluir la prima especial en los decretos sobre salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos, a partir del año 2003. Pero dicha circunstancia no pudo conducir a la conclusión por la que optó la mayoría de la Sala de Conjuces, según la cual el Gobierno Nacional dispuso, de manera tácita o implícita, un incremento del 30% de la remuneración total de los servidores de la Fiscalía General de la Nación, cuyo reconocimiento ahora se impone y con efectos retroactivos a partir de 1998. Todo lo expuesto lleva a cuestionar la procedencia de que la sentencia a la cual se refiere este voto discrepante, al decidir una demanda instaurada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tome la senda de no seguir los claros, consistentes, jurídicamente sólidos y reiterados precedentes fijados, en relación con el mismo punto de Derecho, por la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en pronunciamientos emitidos en sede de control abstracto de legalidad, con efectos erga omnes absolutos, en los cuales se dispuso y se concluyó todo lo contrario a cuanto se decidió en la sentencia de unificación jurisprudencial de la cual, con todo comedimiento, nos apartamos. Merece la pena poner de presente, antes de cerrar la argumentación, que no existe norma constitucional o legal alguna que exija que los fiscales deban tener una remuneración igual a la de los jueces o magistrados ante los cuales actúan; empero, no existe diferencia demostrada ni real entre la remuneración efectiva de los fiscales y la de los funcionarios judiciales ante los cuales aquéllos ejercen sus funciones en la actualidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de conjuces de la Sección Segunda, Sentencia de 15 de diciembre de 2020, Conjuce. Jorge Iván Rincón Córdoba, radicación 73001-23-33-000-2017-00568-01\(5472-18\)SUJ-023-CE-S2-202011001-03-15-000-2020-01292-01\(A\) con salvamento de voto de los Conjuces Pedro Alfonso Hernández Martínez, Nubia González Cerón, Hugo Alberto Marín Hernández, Alfonso Palacios Torres](#)

2. La Sección Segunda profirió sentencia de unificación sobre la procedencia de los descuentos de aportes a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de reconocimiento pensional en cuanto ordenó efectuar los descuentos de los aportes para salud sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, así como del acto que negó la suspensión de dichas deducciones y se solicitó la devolución de las ya efectuadas. Se argumentó que aquellos no son procedentes según los artículos 5 de la Ley 43 de 1984 y 1 del Decreto 1073 de 2002, además, porque tal descuento equivale a un aporte del 24%, cuando debe corresponder al 12%.*

PROCEDENCIA DE DESCUENTOS A SALUD DE LAS MESADAS PENSIONALES DE LOS DOCENTES - Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes / REVISIÓN DE TESIS QUE LIMITAN LOS DESCUENTOS A SALUD DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES - Excepción del artículo 5 de la ley 43 de 1984. Alcance del artículo 1 del decreto 1073 de 2002. Condición de afiliados al FOMAG de los docentes pensionados. Descuentos de las mesadas adicionales no equivalen al 24%. Interpretación gramatical del artículo 204 de la ley 100 de 1993 / EFECTOS EN EL TIEMPO DEL PRECEDENTE – se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada

Problema jurídico: *¿Debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del docente pensionado [...]?*

Tesis: «No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre [...], como quiera que aquellos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. [...] en aplicación de la regla jurisprudencial fijada, según la cual son procedentes los descuentos por concepto de aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo señalado por el artículo 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989. [...] por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte que efectúan los docentes pensionados fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12% o en el porcentaje que señalen las normas que lo modifiquen o adicionen. [...] según lo considerado por la sentencia C-369 de 2004 de la Corte Constitucional, el hecho de que el legislador no hubiera previsto un ajuste semejante al autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para compensar el aumento de la cotización en salud, no vulnera el derecho a la igualdad del personal afiliado al FOMAG. En efecto, la Corte sostuvo que, por una parte, al alcanzar el estatus cesa la obligación de cotizar a pensión, lo cual coadyuva de cierta manera el aumento de la cotización en salud. Por otra parte, enfatizó que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente del régimen especial que le asiste, sino que está ligada al conjunto de servicios que presta el FOMAG, regulado por la Ley 91 de 1989, el cual presenta diferencias favorables respecto del régimen general, por lo tanto, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993. Otro razonamiento que se expone en el recurso de apelación es el relacionado con la aplicación de los artículos 5 de la Ley 43 de 1984 y 1 del Decreto 1073 de 2002, [...] En lo relativo a la primera de las normas invocadas, es importante precisar que no tiene como destinatarios a los docentes pensionados. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, que prevé la obligación para los pensionados afiliados al FOMAG de hacer aportes de las mesadas adicionales, es posterior a la Ley 43 de 1984, por lo tanto, esta última no podría ser aplicable. Respecto de la segunda de las disposiciones invocadas, esto es, el artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, antes se precisó que esta regula los descuentos de las mesadas adicionales destinados al pago de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, mas no están referidos a los aportes a salud. En ese orden, tampoco sirve de sustento jurídico para acceder a la solicitud del pensionado. [...] la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo precedente es el 12% mensual. Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-66001-33-33-000-2015-00309-01\(0632-2018\) SUJ-024-CE-S2-2021, con salvamento parcial de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter.](#)

3. La Sección Segunda profirió sentencia de unificación sobre los aspectos de temporalidad, término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes.

Síntesis del caso: *Abogada que prestó sus servicios desde el año 2005 hasta 2011, vinculada a través de múltiples y sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales, demanda a la Personería de Medellín y al Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM) de Medellín, solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las correspondientes prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente. El Tribunal de Antioquia resolvió a favor de la accionante, ordenando al MUNICIPIO DE MEDELLÍN –*

PERSONERÍA MUNICIPAL, reconocer y pagarle las prestaciones sociales dejadas de percibir dentro de los periodos que se ejecutaron los contratos correspondientes, y los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado en que prestó sus servicios debidamente indexados.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CARACTERÍSTICAS Y OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Problema jurídico 1: *¿Puede la administración pública, en todos los eventos, recurrir a la institución jurídica del contrato estatal de prestación de servicios para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado?*

Tesis: 1 “El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [...] [S]e pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes: (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». [...] En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia. [...] [C]ualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad». [...] Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública – como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados”.

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE – Criterios de identificación / ESTUDIOS PREVIOS / SUBORDINACIÓN CONTINUADA / LUGAR DE TRABAJO / HORARIO DE LABORES / DIRECCIÓN Y CONTROL EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES A EJECUTAR / TAREAS IDÉNTICAS, SEMEJANTES O EQUIVALENTES A LAS ASIGNADAS EN FORMA PERMANENTE A LOS FUNCIONARIOS O EMPLEADOS DE PLANTA DE LA ENTIDAD / PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO / REMUNERACIÓN

Problema jurídico 2: *¿Es posible desvirtuar el contrato estatal de prestación de servicios que oculta una auténtica relación de trabajo?*

Tesis: 2: “Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual. Los estudios previos. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. [...] No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del

objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada». En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» (...) los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente. Subordinación continuada. [...] [L]a subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio. La reiterada jurisprudencia de esta corporación —que aquí se consolida— ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes: i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. [...] [E]l desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral. Prestación personal del servicio. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas. Remuneración. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE / TEMPORALIDAD / SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD / PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES / APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Problema jurídico 3: *¿Cuál es el alcance de los aspectos de temporalidad, término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes?*

Tesis 3: “Primera cuestión: Sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La temporalidad como elemento del contrato estatal de prestación de servicios. [...] la temporalidad y excepcionalidad de la contratación son la esencia de este tipo de contratos. Por consiguiente, con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias. [...] la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. [...] El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro. [...] [C]onviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. [...] [L]a Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado. [...] Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, [...] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. [...] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad. [...] [A]unque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. [...] [C]omo complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones: Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse. [...] Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal. [...] [E]l tercer problema jurídico que se resuelve con la presente sentencia de unificación es el atinente a la posibilidad de devolver los aportes a salud, en el porcentaje que el contratista no hubiese estado obligado a realizar. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (...) tales dineros únicamente

pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 9 de septiembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 05001-23-33-000-2013-01143-01\(1317-2016\) CE-SUJ2-025-21, con salvamento parcial de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, aclaración de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez y aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Se unificó jurisprudencia sobre la interpretación de la expresión “autorización específica” utilizada por las normas que regulan la participación en plusvalía y sobre los efectos de dicho entendimiento frente a la aplicación de la ley en el tiempo.

Síntesis del caso: *Se unificó la jurisprudencia de la Sección sobre la interpretación de la expresión “autorización específica”, contenida en las normas que regulan la participación en plusvalía y en relación con las consecuencias de tal entendimiento respecto de la aplicación de la ley en el tiempo. La Sala fijó el alcance interpretativo de la referida expresión y estableció, como reglas jurisprudenciales de unificación, las siguientes: “1) A efectos del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, la autorización específica que configura el hecho generador de la participación en plusvalía es la acción urbanística, entendida en los términos del artículo 8.º ibidem, que permita la destinación del predio a un uso más rentable o incrementar el aprovechamiento del suelo, en los eventos señalados en la disposición. La acción urbanística podrá estar contenida en los planes de ordenamiento territorial, o en los instrumentos que lo desarrollan o complementan (art. 9 Ley 388 de 1997) e, incluso, se podrá generar una nueva acción urbanística en vigencia de un mismo plan. La participación en plusvalía se causa siempre y cuando el ente territorial, previo a la acción urbanística, haya adoptado dicha exacción. 2) La anterior regla jurisprudencial de unificación rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrá aplicarse a conflictos decididos con antelación.*

PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Hecho generador / HECHO GENERADOR DE LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Configuración. Una vez adoptada en la jurisdicción municipal la participación en la plusvalía, la configuración del hecho generador requiere que con posterioridad a su entrada en vigor se adopte una acción urbanística / **PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Causación.** Se da desde el mismo momento en que los usos del suelo y los índices de edificabilidad muten a unos potencialmente más favorables, independientemente de que esas mejores condiciones sean o no aprovechadas materialmente por el propietario / **DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Nacimiento de la obligación.** Línea jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado / **CAUSACIÓN DEL HECHO GENERADOR DE LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Interpretación de la expresión autorización específica del artículo 74 de la Ley 388 de 1997 / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN AUTORIZACIÓN ESPECÍFICA CONTENIDA EN LAS NORMAS QUE REGULAN LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO - Regla de decisión jurisprudencial / EXPEDICIÓN DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN Y TRÁMITE DE ENGLOBE DE PREDIOS - Alcance para efectos de la participación en plusvalía.** Al no ser acciones urbanísticas, corresponden al momento de exigibilidad de la participación en plusvalía y no al hecho generador / **DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA - Exigibilidad de la obligación.** Situaciones del artículo 83 de la Ley 388 de 1997 / **LICENCIAS DE URBANISMO - Clases / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN AUTORIZACIÓN ESPECÍFICA CONTENIDA EN LAS NORMAS QUE REGULAN LA PARTICIPACIÓN EN PLUSVALÍA Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO - Aplicación.** Rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplica a conflictos ya decididos

Problema jurídico: *¿Se configuró el hecho generador de la participación en plusvalía liquidada en los actos acusados a cargo de la parte demandante?*

Tesis: “[E]n el artículo 74 de la Ley 388 de 1997 se indican cuáles son los hechos generadores que dan derecho a participar en la plusvalía y, a tal fin, nuevamente la norma aduce que se trata de acciones urbanísticas como las señaladas en el mencionado artículo 8.º ídem que autorizan específicamente a destinar el inmueble a un uso más rentable o a incrementar el aprovechamiento del suelo, permitiendo una mayor área edificada, de acuerdo con lo reglado en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen o complementen. Específicamente, la norma tipifica tres supuestos: (i) la incorporación de suelo rural a suelo de expansión urbana o la consideración de parte del suelo rural como suburbano; (ii) el establecimiento o modificación del régimen o la zonificación de usos del suelo, y (iii) la autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el índice de construcción, o ambos a la vez. Una vez adoptada en la jurisdicción municipal la participación en la plusvalía,

la configuración del hecho generador requiere que con posterioridad a su entrada en vigor se adopte una acción urbanística, y su causación se dará desde el mismo momento en que los usos del suelo y los índices de edificabilidad muten a unos potencialmente más favorables, independientemente de que esas mejores condiciones sean o no aprovechadas materialmente por el propietario (...) La Sección Cuarta, al resolver controversias sobre el nacimiento de la obligación de la participación en plusvalía, ha sostenido dos posiciones. Una primera que ha fijado que el hecho generador se causa con la acción urbanística que otorgue un mejor provecho al predio del propietario o poseedor, pues ha entendido que esta es la autorización específica prevista por la ley de manera que la expedición de la licencia de urbanismo y construcción, los actos de transferencia del dominio, el cambio de uso efectivo, la adquisición de títulos de edificabilidad, la construcción y el desarrollo son los momentos fijados por la norma para la exigibilidad. Una segunda tesis tendió a identificar dos supuestos en la causación de la plusvalía, con una suerte de figura de hecho generador compuesto, en la cual se requiere inicialmente de la expedición de una norma general y, posteriormente, de una autorización específica entendida esta como las licencias urbanísticas u otro tipo de trámite administrativo que recayera sobre el inmueble, como lo podría ser el sometimiento a englobe. La línea judicial que reconocía dos momentos de realización del hecho generador partía de la interpretación del artículo 74 de Ley 388 de 1997, según el cual el hecho imponible de la plusvalía son las decisiones administrativas que configuran acciones urbanísticas «y que autorizan específicamente ya sea destinar el inmueble a un uso más rentable, o bien incrementar el aprovechamiento del suelo (...)». Al acotarse lo que se entendía como autorización específica, la Sección incluyó como parte de la causación la expedición de licencias de construcción, como la concreción del aprovechamiento de la rentabilidad del predio. En sintonía con la primera corriente de providencias, la sentencia del 24 de marzo de 2011 (exp. 17083, CP: William Giraldo Giraldo) estableció que el hecho generador de la participación en plusvalía consiste en una acción urbanística que brinde mayor provecho a los predios, la cual ha de estar contenida en los planes de ordenamiento territorial o en los instrumentos que lo desarrollen o complementen. De esa forma, la expedición de la licencia de construcción es un hecho contemplado por la ley como el momento de la exigibilidad del instrumento urbanístico, que no el de causación de este. Si bien la Sala en sentencias del 10 de abril de 2019 (exp. 21882, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), del 25 de julio y del 01 de agosto de 2019 (exps. 22268 y 21937, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez) fue contundente en reiterar que la acción urbanística es la que configura el nacimiento de la obligación, de forma tal que la expedición de la licencia de construcción y demás actuaciones urbanísticas harán parte del momento de la exigibilidad de la participación en plusvalía, lo cierto es que no puede desconocerse que hubo otras providencias que con anterioridad plasmaron la idea de que el hecho generador era compuesto, todo ello, a partir del entendimiento que la Sección Cuarta daba a la expresión «autorización específica» que trae la definición de hecho generador del artículo 74 de la Ley 388 de 1997. Teniendo en cuenta que la variación en las posiciones de la Sala recae sobre la interpretación de lo que por autorización específica debería considerarse, en esta ocasión, la Sala unificará como regla de decisión ese aspecto, y fijará la consecuencia de tal entendimiento con respecto a la aplicación de la ley en el tiempo, así: 1) A efectos del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, la autorización específica que configura el hecho generador de la participación en plusvalía es la acción urbanística, entendida en los términos del artículo 8.º ibidem, que permita la destinación del predio a un uso más rentable o incrementar el aprovechamiento del suelo, en los eventos señalados en la disposición. La acción urbanística podrá estar contenida en los planes de ordenamiento territorial, o en los instrumentos que lo desarrollan o complementan (art. 9 Ley 388 de 1997) e, incluso, se podrá generar una nueva acción urbanística en vigencia de un mismo plan. La participación en plusvalía se causa siempre y cuando el ente territorial, previo a la acción urbanística, haya adoptado dicha exacción. 2) La anterior regla jurisprudencial de unificación rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrá aplicarse a conflictos decididos con antelación. En consonancia con esta regla, la Sala puntualiza que la expedición de la licencia y los trámites de englobe, en tanto que no son acciones urbanísticas, corresponden al momento de exigibilidad de la participación en plusvalía. Es decir, tal como lo dispone el artículo 83 de la Ley 388 de 1997 (antes y después de la modificación del Decreto Ley 019 de 2012), surgirá la exigibilidad de dicha obligación, previa liquidación, cuando: (i) el acto administrativo que lo liquide fije el plazo del momento de su pago, como puede suceder cuando se financian obras públicas con ese método de participación en el plusvalor (art. 87 ibidem); (ii) ante la liquidación que surja para obtener la respectiva licencia llamada en su momento de urbanismo o de construcción y que con ocasión del Decreto 1469 de 2011, en concordancia con el Decreto Ley 019 de 2012, pasaron a denominarse licencias urbanísticas que podrán ser de urbanización, parcelación subdivisión, construcción e intervención y ocupación del espacio público, según sea el caso y de acuerdo con las normas que modifiquen dichas clases de licencias; (iii) cuando haya transferencia de dominio del inmueble se podrá exigir el pago de la participación en plusvalía en los casos de las acciones urbanísticas establecidas en los numerales 1 y 3 del artículo 74 de la Ley 388 de 1997, previa liquidación, y (iv) cuando las administraciones expidan títulos valores representativos de los derechos adicionales de construcción y desarrollo y estos sean adquiridos, el momento de la exigibilidad de la deuda estará atado a las situaciones previstas en el artículo 88 y siguientes de la Ley 388 de 1997” . [...] Al revisarse el Decreto 059 de 2007 -el cual estuvo vigente al momento de la liquidación del efecto plusvalía-, esta norma comportó una nueva acción urbanística en relación con lo que establecía el Decreto 075 de 2003 (...) 4.3- Ahora bien, aun cuando el Decreto 059 de 2007 constituye una nueva acción urbanística, la Sala advierte que respecto del sector normativo 4, subsector de edificabilidad G y subsector de uso I, donde se encuentran los predios de la parte demandante que se sometieron a englobe, no hubo aumento de los índices de edificabilidad, pues se mantuvieron los fijados en la acción urbanística inmediatamente anterior, es decir, los que estableció el Decreto 075 de 2003 (ver fichas y planos de usos y edificabilidad permitida). A pesar de que la Sección Cuarta ha dicho en anteriores

oportunidades que los decretos 075 de 2003 y 059 de 2007 conforman, junto con el POT (Decreto 619 de 2000), una única acción urbanística, que no es posible escindir a efectos de verificar la ocurrencia de hechos generadores de la participación en la plusvalía (sentencia del 18 de octubre de 2018, , exp. 21698, CP: Milton Chaves García), en esta oportunidad, en aplicación de la regla de unificación, la Sala debe replantear la tesis que indicaba esa decisión, a efectos de ratificar que ambos decretos son acciones urbanísticas y que, en aras de corroborar si la acción urbanística expedida en vigencia del acuerdo que adoptó la plusvalía generó un mayor aprovechamiento de los índices de edificabilidad, la comparación debió hacerse con el decreto anterior que fijaba los parámetros de edificabilidad de la zona de ubicación de los predios, esto es, con el Decreto 075 de 2003. Como no hubo un incremento en los índices de la edificabilidad no se causó el hecho generador del instrumento urbanístico discutido y esta sería razón suficiente para declarar la prosperidad del cargo de apelación de la parte actora. No obstante, debe agregarse que, contrario a la defensa del demandado y siguiendo la regla de unificación, el englobe no perfeccionó el hecho generador, ni hizo parte de la participación en plusvalía, pues el establecimiento del momento de causación del hecho generador es una potestad confiada al legislador por principio de reserva de ley, así que la acción urbanística en los supuestos establecidos en el artículo 3.º del Acuerdo 118 de 2003, en consonancia con el artículo 74 de la Ley 388 de 1997, surgirá exclusivamente en esos supuestos. Dicho de otro modo, el procedimiento administrativo que someta a englobe unos predios no concreta ninguno de los aspectos del hecho generador de la participación en plusvalía. Si bien el artículo 7.º del Decreto 084 de 2004 establece que «en el evento en que por efecto del englobe de lotes de terreno se produzca un incremento en la edificabilidad el predio resultante del englobe será objeto de la participación en plusvalía, la cual será liquidada en el momento de la solicitud de licencia, con base en el efecto de plusvalía por metro cuadrado calculado para la respectiva zona geoeconómica homogénea», la Sala precisa que esa disposición es reglamentaria del Acuerdo 118 de 2003 y el alcance interpretativo de la misma se debe restringir a que se trata de regular que la base de determinación de la participación en plusvalía corresponde a la del predio resultante, de tal forma que el efecto del plusvalor no se liquide por cada predio individualmente considerado, sino sobre el predio resultante. En ese entendido, el trámite de un englobe que se surte con autorización de una autoridad pública (trámite que conllevará la apertura de un folio de matrícula ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos) no constituye una acción urbanística, tal como quedó fijado en la regla jurisprudencial de unificación”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de diciembre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-006, radicación: 25000-23-37-000-2012-00375-02 \(23540\).](#)

2. Se sentó jurisprudencia sobre el término de notificación del requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia.

Síntesis del caso: *La Sala dictó sentencia de unificación, para sentar jurisprudencia, en relación con el término para notificar el requerimiento especial expedido respecto de declaraciones del impuesto sobre la renta de contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia, dada la inexistencia de pronunciamientos de la Corporación frente al tema. Concretamente, estableció como regla jurisprudencial de unificación la siguiente: “De acuerdo con el inciso 6 del artículo 714 del ET, el término para notificar el requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia será de seis años contados a partir del vencimiento del plazo para declarar. Si la declaración se presentó en forma extemporánea, el anterior término se contará a partir de la fecha de presentación de la misma”. Además, la Sala precisó que la anterior regla rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrá aplicar a conflictos decididos con antelación.*

TÉRMINO GENERAL DE FIRMEZA DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS DE CONTRIBUYENTES SUJETOS AL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Alcance / TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL RESPECTO DE DECLARACIONES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE CONTRIBUYENTES SUJETOS AL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Regla de unificación jurisprudencial / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL RESPECTO DE DECLARACIONES DEL IMPUESTO SOBRE LA

RENTA DE CONTRIBUYENTES SUJETOS AL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Aplicación. Rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplica a conflictos ya decididos / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TÉRMINO PARA NOTIFICAR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL RESPECTO DE DECLARACIONES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE CONTRIBUYENTES SUJETOS AL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Justificación / CONCEPTO UNIFICADO DIAN 14116 DE 26 DE JULIO DE 2017 - Legalidad

Problema jurídico: *¿Cuál es el término aplicable a la notificación del requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia, en el contexto de los artículos 705 y 714 del Estatuto Tributario?*

Tesis: “[S]obre el término para notificar los requerimientos especiales expedidos respecto de declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia, no existen pronunciamientos de la Sección; y dado que el término general de notificación del requerimiento especial respecto de las declaraciones tributarias, previsto en el artículo 705 del ET (tres años), deviene claramente menor, por ende insuficiente, y en todo incongruente con el término especial de firmeza previsto en el inciso sexto del artículo 714 ib. (seis años) para las declaraciones de renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia que, en sí mismo, dobla al de las declaraciones tributarias referidas en el primero de dichos artículos, la Sección considera necesario adoptar una regla de unificación sobre el alcance del término de notificación mencionado, entendiéndolo adicionado en la parte que le falta para corresponder y ser proporcional con el término de firmeza especial previsto para las declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia (tres años más). Con ello se busca garantizar la eficacia de la facultad fiscalizadora respecto de las declaraciones de renta sometidas a dicho régimen, así como el espíritu legislativo de control oficial que motivó la ampliación del término de firmeza de las mismas; e igualmente salvaguardar la seguridad jurídica en la aplicación de la normativa de procedimiento tributario en las actuaciones iniciadas para verificar la exactitud de ese tipo de declaraciones especiales. Para tales fines, en torno al término de notificación del requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia, la Sección sienta la siguiente regla: De acuerdo con el inciso 6 del artículo 714 del ET, el término para notificar el requerimiento especial respecto de las declaraciones del impuesto sobre la renta de los contribuyentes sujetos al régimen de precios de transferencia será de seis años contados a partir del vencimiento del plazo para declarar. Si la declaración se presentó en forma extemporánea, el anterior término se contará a partir de la fecha de presentación de la misma. Conforme a lo anterior, la Sala negará las pretensiones de la demanda, por carecer de razones que desvirtúen la presunción de legalidad que ampara al acto acusado”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia de Unificación 2021-CE-SUJ-4-001, radicación: 11001-03-27-000-2018-00050-00\(24226\).](#)

3. Se unificó jurisprudencia sobre el alcance del concepto de «actividad comercial» para efectos del impuesto de industria y comercio.

Síntesis del caso: *Se unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el alcance del concepto de «actividad comercial» para efectos del impuesto de industria y comercio, en el sentido de fijar como regla que “En el caso de la remisión al Código de Comercio efectuada por los artículos 32 de la Ley 14 de 1983, 198 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, se considera que una operación constituye actividad comercial gravada con el ICA cuando la misma la ejerce el sujeto pasivo con carácter empresarial”, en los términos expuestos en la parte motiva de la decisión. Además, la Sala precisó que dicha regla rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrá aplicar a conflictos previamente decididos.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / ALCANCE DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL PARA EFECTOS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / ACTIVIDAD COMERCIAL PARA EFECTOS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Alcance del reenvío al ordenamiento mercantil / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Percepción de dividendos por actividad comercial de participación en el capital social de entidades mercantiles / TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE LOS DIVIDENDOS O RENDIMIENTOS POR LA PARTICIPACIÓN EN EL

CAPITAL SOCIAL DE ENTIDADES MERCANTILES – Requisitos. Carácter empresarial de la actividad comercial / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD COMERCIAL GRAVADA CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD COMERCIAL GRAVADA CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Aplicación. Rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa o judicial. No se aplican a conflictos ya decididos

Problemas Jurídicos: *¿La inversión en sociedades es una actividad comercial, en los términos previstos por el artículo 32 del Decreto Distrital 352 de 2002? ¿Los dividendos percibidos a título de rendimiento de la inversión están gravados con el ICA?*

Tesis: “3.1- De acuerdo con la formulación legal del hecho generador (original del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, codificado en el artículo 195 del Decreto Ley 1333 de 1986 y adoptado para el distrito capital mediante el artículo 154 del Decreto-Ley 1421 de 1993 y por la norma local vigente para la época de los hechos, artículo 32 del Decreto 352 de 2002), el ICA somete a imposición la realización de toda actividad industrial, comercial o de servicios en la jurisdicción local, ya sea ejercida «*de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimientos de comercio o sin ellos*»; por lo cual se gravan las ganancias ordinarias y extraordinarias producidas en el periodo por cada actividad. En lo pertinente al caso, al definir las «*actividades comerciales*» sometidas a imposición, el ordenamiento adoptó una cláusula de cierre, de acuerdo con la cual, junto al expendio de mercancías, son actividades comerciales «*las definidas como tales por el Código de Comercio*», siempre que no estén calificadas como industriales o de servicios en la normativa del tributo (artículo 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, equivalente al 198 del Decreto Ley 1333 de 1986, que codificó el 35 de la Ley 14 de 1983). La textura abierta de la norma de reenvío y las situaciones que la preceptiva mercantil identifica como «*comerciales*», han propiciado análisis jurisprudenciales que en algunos casos se han ocupado de establecer si la «*actividad comercial*» gravada comprende la inversión en el capital o en los fondos propios de sociedades, lo cual acarrearía la tributación de los ingresos percibidos a título de dividendos. (...) 3.6- Sea lo primero poner de presente que en nuestro sistema tributario el ICA concurre con otras figuras que también gravan la capacidad económica asociada a la obtención de ingresos, pero se diferencia en que no somete a imposición a la universalidad de los ingresos –función de la que se ocupa el impuesto sobre la renta–, ni ingresos particulares asociados a negocios específicos –lo cual sucede, por ejemplo, en tributos como aquel que, bajo la denominación de «*contribución de obra pública*», grava las remuneraciones que perciben los contratistas de obra de las entidades públicas–. Se ocupa de fijar la contribución a los gastos públicos exigible a partir de los ingresos brutos logrados al ordenar por cuenta propia los factores productivos, sea el capital, los recursos humanos, o una combinación de ambos, dado que su hecho imponible es la realización remunerada de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción municipal o distrital. Ahora, por cuenta de la definición autónoma que hace la normativa del impuesto acerca de las actividades industriales y de servicios (artículos 196 y 197 del Decreto 1333 de 1986), se ha comprendido, sin dificultades, la clase de actos negociales que dan lugar a la generación de ingresos gravados a título de esas actividades y, también, que al efecto carece de relevancia la frecuencia o habitualidad con que se lleven a cabo. Por contraste, la labor interpretativa se ha dificultado respecto de la actividad comercial, pues el reenvío que se hace desde la norma que la define, al ordenamiento mercantil, ha sido fuente de debates. Dispone la norma (artículos 198 del Decreto 1333 de 1986 y 34 del Decreto 352 de 2002) que, además del expendio de mercancías, son comerciales –con excepción de las que se califiquen como industriales y de servicios–, «*las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio*». A partir de este precepto se discute si se gravan las actividades que el estatuto mercantil tiene por «*comerciales*», o si, adicionalmente es condición que dichas actividades se ejecuten con profesionalidad o habitualidad; esto, debido a que el artículo 10 del CCo prescribe que «*son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles*». Bajo esas disposiciones, algunos han planteado que tiene un cariz objetivo la actividad comercial, mientras que otros le han atribuido un cariz subjetivo, cuestión sobre la cual precisa la Sala lo siguiente: Tanto en las normas que formulan el hecho generador del impuesto (*i.e.* artículos 195 del Decreto 1333 de 1986 y, en la jurisdicción de Bogotá, 32 del Decreto 352 de 2002), como en las que prescriben las notas distintivas de la actividad comercial (*i.e.* artículos 198 y 34 de los mismos cuerpos normativos, respectivamente), el presupuesto de hecho que sirve de sustento al ICA recae sobre un dato relativo a una actividad económica, despojado de condicionamientos directos de orden subjetivo, distintos a la proclamación hecha en los artículos 195 del Decreto 1333 de 1986 y 41 del Decreto 352 de 2002, de que la actividad gravada debe ser realizada por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho. Así, en principio, desde la perspectiva del ordenamiento tributario, quedarían comprendidas en el ámbito del hecho generador del impuesto todas las actividades calificadas como mercantiles por el CCo, quienquiera que sea el que las ejecute. Pasando a la codificación mercantil, se observa que también está instaurado un criterio objetivo en la regulación del concepto de «*acto de comercio*» (artículos 20 a 25), de suerte que puede ser ejercido en forma accidental e inexperta (artículo 11 *ejusdem*), sin perjuicio de lo cual se contempla que la realización «*profesional*» de esa clase de actos convierte en «*comerciante*» a quien la lleva a cabo (artículos 10, 100 y 110 *ibidem*). En armonía con esas premisas de ambos ordenamientos –el de remisión y el de destino, que desechan toda consideración subjetiva–, al estudiar la constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 14 de 1983 (codificado en el artículo 198 del Decreto Ley 1333 de 1986 y replicado por el 34 del Decreto Distrital 352 de 2002), la Corte

Constitucional señaló que lo que se grava con el ICA son «*las actividades comerciales y no... las personas que [las] llevan a cabo*». En criterio de ese Alto tribunal, corresponde entender la remisión al CCo como «*una pauta general del legislador, adicional a otras, cuyo seguimiento conjunto permite al operador jurídico, en cada caso particular, establecer si las actividades deben o no ser objeto del impuesto*» (sentencia C-121 de 2006, MP: Marco Gerardo Monroy). Como no se trata de calificar los sujetos, sino de identificar las actividades previstas en el ordenamiento mercantil a efectos del impuesto, estima la Corte Constitucional que las normas del CCo, que «*por su especial pertinencia*» deben ser tenidas en cuenta «*para la definición de lo que ha de entenderse por actividades comerciales*», son los artículos 20 a 25 (excluyendo el 22), contenidos en el Título II «*de los actos, operaciones y empresas mercantiles*», sin hacer referencia a las disposiciones que se ocupan de la profesionalidad propia de la calidad de comerciante (v.g. artículos 10, 11, 100 y 110 del CCo). Surge de ese análisis jurídico que supeditar la realización del hecho generador de la actividad comercial en el ICA (a diferencia de lo que se estima respecto de las actividades industriales y de servicios), a la comprobación de que la actividad se ejecute de manera profesional, conlleva el error de interponer en el análisis de la situación gravada un criterio que la disciplina comercial solo contempla para atribuir la condición de comerciante. También supone restringir, contra el precepto (artículos 195 del Decreto 1333 de 1986 y 41 del Decreto 352 de 2002), la sujeción pasiva del ICA a quienes ostenten la calidad de comerciantes, siendo que el tributo no solo grava los ingresos brutos de los comerciantes, sino los de todos quienes realicen actividades tipificadas, ya sea «*en forma permanente u ocasional*» (artículos 32 del Decreto Distrital 352 de 2002 y 195 del Decreto Ley 1333 de 1986). Consecuentemente, la profesionalidad y la habitualidad con la que se ejecute la actividad comercial no son datos determinantes para la Sala, pues el ICA también se causa cuando la ejerce un no comerciante. Por ende, en principio, son susceptibles de gravamen en el ICA los dividendos (i.e. ingresos brutos) que retribuyen el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo, consistente en participar en el capital social de entidades mercantiles. Empero, la Sala también advierte que el hecho generador en cuestión no tipifica la realización de actos de comercio, como los referidos en el listado enunciativo que aporta el artículo recién mencionado, sino que exige llevar a cabo una «*actividad comercial*». En esa medida, atendiendo a la tradicional distinción entre actividad y acto mercantiles, para que resulte gravada, la operación comercial tendrá que realizarse en el marco de una intervención organizada en el mercado, en la que el obligado tributario ordene por cuenta propia los medios de producción, asuma el riesgo de los negocios realizados y afecte al desarrollo de tal finalidad bienes materiales o inmateriales. La tipificación de la «*actividad comercial*» implica que el hecho generador no se realiza por cuenta de un «*acto de comercio*» aislado, sino que requiere que el contribuyente asuma con carácter empresarial su participación en el mercado. En este punto, adquiere relevancia el concepto de empresa, como forma de organización de los participantes en el mercado reconocida en el artículo 25 del CCo, sea que esa organización se concrete en la ordenación de los elementos reales destinados al ejercicio de la actividad (i.e. establecimiento de comercio, al tenor de los artículos 515 y 516 del CCo) o en la estructuración de los elementos humanos que la hacen posible (i.e. del factor trabajo). Así, los reconocidos «*actos de comercio aislados*», como es el caso del previsto en el ordinal 5.º del artículo 20 *ejusdem*, solo constituirán una actividad comercial gravada con el ICA cuando sean desarrollados en forma organizada. Al efecto son indicativos de la existencia de una organización empresarial: la afectación de un capital determinado a la actividad de inversión en sociedades comerciales, la uniformidad en el desarrollo de esa operación, la importancia relativa que la ejecución de esa actividad tenga para el contribuyente (en términos de proporción del patrimonio destinado a dicha actividad), la contratación de personal destinado a llevarla a cabo, la realización de gastos vinculados a esa actividad, la conexión del negocio mercantil con otros actos de igual naturaleza y la utilización de uno o varios establecimientos de comercio, aunque ellos no estén registrados en la jurisdicción de la entidad territorial (artículos 32 del Decreto Distrital 352 de 2002 y 195 del Decreto Ley 1333 de 1986). Cuando concurren circunstancias de ese tipo, hay un alto grado de probabilidad de que se esté en presencia de una actividad mercantil. 3.7- Corolario de los anteriores análisis, la Sala precisa que, para juzgar si se realiza la «*actividad comercial*» gravada en el ICA por la participación en el capital de sociedades comerciales, el criterio de decisión radica en determinar si se desempeña con carácter empresarial la participación en los fondos propios de personas jurídicas mercantiles, percibiendo a cambio una remuneración económica, ya sea a título de dividendos u otros derechos apreciables en dinero conferidos por la entidad a quienes ostenten la calidad de socios, accionistas, asociados o partícipes. De ser así, el ingreso obtenido se integrará en la base gravable del ICA del inversionista, sin que a dichos efectos sea determinante el giro ordinario de los negocios del inversionista, ni la formulación de su objeto social, ni la condición de activo fijo de las acciones poseídas, ni la profesionalidad o habitualidad con la cual se lleven a cabo las inversiones. 4- El alto volumen de litigios administrativos y judiciales que versan sobre la materia analizada y las distintas tesis que se han expuesto en las providencias, llevan a la Sección Cuarta del Consejo de Estado a proferir sentencia de unificación jurisprudencial para precisar el concepto de «*actividad comercial*» gravada con el ICA, derivada de la remisión que la normativa del impuesto efectúa a la codificación mercantil para delimitar el hecho generador del impuesto. Esto, bajo las atribuciones constitucionalmente asignadas a esta Corporación como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y 14, ordinal 2.º, del Reglamento Interno de esta corporación (Acuerdo nro. 080 de 2019). En este sentido, se establecen las siguientes reglas de decisión: 1. *En el caso de la remisión al Código de Comercio efectuada por los artículos 32 de la Ley 14 de 1983, 198 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, se considera que una operación constituye actividad comercial gravada con el ICA cuando la misma la ejerce el sujeto pasivo con carácter empresarial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.* 2. *La anterior regla jurisprudencial de unificación rige para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrá aplicarse a conflictos previamente decididos.*

5- Establecida la regla jurídica aplicable, corresponde decidir con ella el caso objeto de enjuiciamiento. Está probado y no se discute por las partes que en 2011 la demandante participó como accionista en tres sociedades mercantiles, de modo que llevó a cabo el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo. Asimismo, consta en el plenario que lo hizo de forma organizada, toda vez que –según lo informado por el contador de la demandante en la visita realizada por la Administración (...), desde su constitución, la demandante se ha dedicado a manejar los «activos e inversiones» del grupo empresarial al que pertenece. En el contexto de esa actividad realizó actos de «administración y manejo» de los títulos de participación en el capital social de las entidades en las que había invertido e incurrió en gastos operacionales de administración (...); obteniendo a cambio dividendos (...). Esos elementos evidencian que el señalado acto de comercio lo ejerció con carácter empresarial, mediante una actividad económica organizada, que configuró la realización de una «actividad comercial» en los términos en que está definida como hecho generador del ICA. Por ende, los dividendos recibidos tendrían que integrarse en la base gravable del tributo, sin que a tal fin se pudiese invocar como eximente de la obligación la circunstancia de que las mencionadas acciones fuesen activos inmovilizados en su patrimonio”.

Salvamento parcial de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD – Improcedencia / LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD POR FALTA DE CONCIENCIA SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA SANCIONADA – Falta de configuración de diferencia de criterio sobre el derecho aplicable / PERCEPCIÓN DE DIVIDENDOS POR INVERSIÓN EN SOCIEDADES COMERCIALES COMO ACTIVIDAD COMERCIAL PARA EFECTOS DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA - Inexistencia de norma legal que ampare la exoneración del ICA sobre los dividendos

Tesis: “[S]alvo el voto en relación con el levantamiento de la sanción de inexactitud efectuada bajo la consideración de que “la actora carecía de conciencia sobre la antijuridicidad de su conducta”. Pudo establecerse en el proceso que: “la sociedad participó como accionista en tres sociedades mercantiles, de modo que llevó a cabo el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo. Asimismo, consta en el plenario que lo hizo de forma organizada, (...) desde su constitución, la demandante se ha dedicado a manejar los «activos e inversiones» del grupo empresarial al que pertenece. En el contexto de esa actividad realizó actos de «administración y manejo» de los títulos de participación en el capital social de las entidades en las que había invertido e incurrió en gastos operacionales de administración (...); obteniendo a cambio dividendos.”. No obstante que lo anterior configuraba el desarrollo de una actividad comercial, de la que derivó la percepción de los dividendos, estos fueron detraídos de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio (ICA) bajo el concepto de «deducciones, exenciones y actividades no sujetas». Bajo las anteriores premisas y, considerando que el artículo 32 la Ley 14 de 1983 y el artículo 154 del Decreto-Ley 1421 de 1993 (norma especial para el Distrito Capital), determinaron expresamente como hecho generador del ICA, el desarrollo de una actividad comercial, no se configuraría una diferencia de criterio en relación con la interpretación del derecho aplicable, en tanto no tenía la actora una disposición legal de cuya interpretación se hubiera derivado la posibilidad de exonerar de gravamen los dividendos percibidos en desarrollo de su actividad inversora”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de diciembre de 2021, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Sentencia de Unificación 2021-CE-SUJ-4-002, radicación: 25000-23-37-000-2013-01107-01 \(23424\).](#)

4. Se unificó jurisprudencia sobre la forma de liquidar la sanción de inexactitud cuando mediante liquidación oficial de revisión se modifica o rechaza un saldo a favor imputado en forma improcedente al periodo gravable siguiente.

Síntesis del caso: *En orden a precaver una injustificada ampliación de la base para liquidar la sanción de inexactitud regulada en los artículos 647 y 648 del Estatuto Tributario, la Sala dictó sentencia de unificación, para sentar jurisprudencia, en relación con el entendimiento y alcance del procedimiento de liquidación de dicha sanción cuando, mediante liquidación oficial de revisión, se modifica o rechaza un saldo a favor que fue imputado al siguiente período gravable. Para el efecto, adoptó como reglas jurisprudenciales de unificación las siguientes: 1) En el evento de la improcedencia de un saldo a favor que ya haya sido objeto de imputación al período gravable*

siguiente, el mecanismo previsto por la ley para su recuperación, fue la restitución del mismo, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 670 del Estatuto Tributario, 2) El cálculo de la sanción de inexactitud, dentro de un proceso de determinación oficial, mediante el cual se modifique o elimine un saldo a favor que fue objeto de imputación al periodo gravable siguiente, deberá efectuarse manteniendo los saldos a favor y, 3) De aplicar la regla antecedente, el contribuyente deberá restituir la suma equivalente a los saldos a favor improcedentes que fueron imputados.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD EN PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE TRIBUTOS CUANDO HAY SALDOS A FAVOR IMPUTADOS EN FORMA IMPROCEDENTE EN LOS PERIODOS GRAVABLES SIGUIENTES - Sentencia de unificación jurisprudencial. Reglas de unificación jurisprudencial / MODIFICACIÓN O RECHAZO MEDIANTE LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN DE SALDOS A FAVOR IMPUTADOS EN FORMA IMPROCEDENTE EN LOS PERIODOS GRAVABLES SIGUIENTES EN PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE TRIBUTOS – Mecanismo de recuperación de los saldos / BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD / LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD EN PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE TRIBUTOS CUANDO SE DESCONOCEN SALDOS A FAVOR IMPUTADOS EN FORMA IMPROCEDENTE EN LOS PERIODOS GRAVABLES SIGUIENTES – Ilegalidad por violación del debido proceso. Incremento injustificado de la base de liquidación de la sanción por inexactitud / PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD EN PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE TRIBUTOS CUANDO HAY SALDOS A FAVOR IMPUTADOS EN FORMA IMPROCEDENTE EN LOS PERIODOS GRAVABLES SIGUIENTES - Necesidad de sentar jurisprudencia por injustificada ampliación de la base de liquidación de la sanción por inexactitud

Problema Jurídico: *¿Se vulneró el debido proceso por no haberse aplicado el artículo 670 del Estatuto Tributario, al desconocer la administración, dentro del proceso de determinación, el saldo a favor del periodo anterior?*

Tesis: “[D]ebe tenerse en cuenta que el artículo 670 ib., señala que cuando en el proceso **de determinación del impuesto**, se modifiquen o rechacen saldos a favor que hayan sido imputados en sus declaraciones de período siguiente, la Administración exigirá su reintegro, incrementados en los intereses moratorios correspondientes. Se desprende de lo anterior que en el evento de la improcedencia de un saldo a favor que ya haya sido objeto de imputación al período gravable siguiente, el mecanismo previsto por la ley para su recuperación, fue la restitución del mismo y no el desconocimiento del saldo a favor en la declaración en la cual fue imputado. Dicho en otra forma, el reintegro del saldo a favor exigido en el artículo 670 pretende legitimar, por así decirlo, el traslado que ya fue efectuado. Sin embargo, para el caso analizado, el acto de determinación oficial eliminó en cada período gravable el saldo a favor improcedente que se había imputado del periodo anterior, lo cual no correspondía al procedimiento previsto en el artículo 670 ib., y al hacerlo, resultó incrementada la base de la sanción de inexactitud. Considerado lo anterior, procederá la sala a reliquidar la sanción de inexactitud, manteniendo los saldos a favor que habían sido imputados en cada uno de los períodos y en consecuencia la sociedad deberá restituir la suma equivalente a los saldos a favor improcedentes que fueron imputados desde el segundo bimestre al sexto período del año 2009 mas los intereses de mora que le correspondan, adicionado con los valores que resultaron a pagar de acuerdo con las (...) liquidaciones (...) En ejercicio de las atribuciones constitucionales y con fundamento en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y 14 numeral 2 del Acuerdo Nro. 080 de 2019, Reglamento Interno de esta Corporación, la Sección Cuarta del Consejo de Estado profiere sentencia de unificación jurisprudencial acerca de la forma de liquidar la sanción por inexactitud cuando se rechaza un saldo a favor imputado en forma improcedente al período siguiente. (...) La Sala encuentra que la necesidad de **sentar jurisprudencia** sobre el procedimiento cuando mediante liquidación oficial de revisión, se modifica o rechaza un saldo a favor que fue imputado al siguiente período gravable, en orden a precaver una injustificada ampliación de la base para liquidar la sanción de inexactitud. Lo anterior porque el desconocimiento de un saldo a favor imputado de manera improcedente tiene repercusiones en la base para liquidar la sanción por inexactitud, en la medida que su base está dada por la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, determinado en la liquidación oficial y el declarado por el contribuyente, conforme lo previsto en los artículos 647 y 648 del Estatuto Tributario. Por tanto, en procesos de determinación donde la administración, mediante liquidación oficial de revisión, modifique o rechace un saldo a favor que fue imputado al siguiente período gravable, para efectos de determinar la base para liquidar la sanción por inexactitud, se deberán mantener los saldos a favor que habían sido imputados en cada uno de los períodos con el fin de evitar un efecto cascada y progresivo en la liquidación de esa sanción en los periodos fiscales subsiguientes, lo cual implicará para el contribuyente la correspondiente restitución del saldo o saldos a favor que sean conservados a efectos de la determinación de la sanción. De conformidad con lo expuesto, la Sala establece las siguientes reglas de decisión sobre el

procedimiento de liquidación de la sanción de inexactitud regulada en los artículos 647 y 648 del Estatuto Tributario cuando mediante liquidación oficial de revisión, se modifica o rechaza un saldo a favor que fue imputado al siguiente período gravable: 1) *En el evento de la improcedencia de un saldo a favor que ya haya sido objeto de imputación al período gravable siguiente, el mecanismo previsto por la ley para su recuperación, fue la restitución del mismo, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 670 del Estatuto Tributario,* 2) *El cálculo de la sanción de inexactitud, dentro de un proceso de determinación oficial, mediante el cual se modifique o elimine un saldo a favor que fue objeto de imputación al período gravable siguiente, deberá efectuarse manteniendo los saldos a favor y,* 3) *De aplicar la regla antecedente, el contribuyente deberá restituir la suma equivalente a los saldos a favor improcedentes que fueron imputados.*”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 2 de diciembre de 2021, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, Sentencia de Unificación 2021-CE-SUJ-4-003, radicación: 25000-23-37-000-2014-00585-01 \(24420\).](#)

5. Se unificó jurisprudencia sobre la interpretación y el alcance del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, respecto de los pagos que hacen parte de la base de cotización (IBC) de los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Síntesis del caso: *Se sentó jurisprudencia sobre la interpretación y el contenido de la limitación prevista en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, para efectos del ingreso base de cotización IBC de aportes al Sistema General de Seguridad Social. En concreto, la Sala estableció, como reglas jurisprudenciales de unificación, las siguientes: 1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riesgos profesionales) únicamente lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador; 2. En virtud de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996, los empleadores y trabajadores pueden pactar que ciertos factores salariales no integren el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social; 3. El pacto de “desalarización” no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración; 4. El pacto de “desalarización” debe estar plenamente probado por cualquiera de los medios de prueba pertinentes; 5. Los conceptos salariales y no salariales declarados por el aportante en las planillas de aportes al sistema de la seguridad social o PILA se presumen veraces. Si el ente fiscalizador objeta los pagos no constitutivos de salario para incluirlos en el IBC de aportes, por considerar que sí remuneran el servicio, corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no salarial del pago realizado, a través de los medios probatorios pertinentes.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE INTERPRETATIVO Y EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 1393 DE 2010 / REGLAS SOBRE EL IBC DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / SEGURIDAD SOCIAL – Finalidad / BASE DE CÁLCULO DE LAS COTIZACIONES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL / NÓMINA MENSUAL DE SALARIOS - Noción / SALARIO / FACTORES CONSTITUTIVOS DE SALARIO / PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO / PRESTACIONES SOCIALES - Noción / IBC DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Factores que lo integran. Solo se calcula sobre los conceptos o factores que constituyan salario / CONTRIBUCIONES A LA PROTECCIÓN SOCIAL / PACTOS DE DESALARIZACIÓN – Evolución normativa y alcance / PACTO DE DESALARIZACIÓN - Prueba / IBC DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE EMPLEADOS DEL SECTOR PRIVADO / ARTÍCULO 30 DE LA LEY 1393 DE 2010 – Finalidad / PACTOS DE DESALARIZACIÓN - Límites / PLANILLAS DE APORTES AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PILA – Presunción de veracidad de los conceptos salariales o no salariales declarados / CARÁCTER DE PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO NO INCLUIDOS EN EL IBC DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Carga de la prueba / CARÁCTER DE PAGOS NO

CONSTITUTIVOS DE SALARIO NO INCLUIDOS EN EL IBC DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Medios probatorios válidos / INCLUSIÓN EN EL IBC DE APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO EN LA PARTE QUE EXCEDA EL 40% DEL TOTAL DE LA REMUNERACIÓN – Ilegalidad. Interpretación errónea del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010

Problema Jurídico: *¿En el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social deben incluirse aquellos conceptos no constitutivos de salario que excedan el 40% de la remuneración total del trabajador?*

Tesis: “La necesidad de unificar las reglas sobre el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta la interpretación y alcance del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, obedece a razones de importancia jurídica y trascendencia económica o social, ya que, como lo ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional, la seguridad social “*es esencialmente solidaridad social*” y la solidaridad es uno de los pilares en que se funda el Estado colombiano y principio rector en la garantía de los derechos fundamentales de las personas. La fijación de reglas claras sobre la materia sometida a consideración de la Sala permite no solo a la Administración un adecuado recaudo de los aportes al sistema, que garantice los derechos fundamentales relativos a la seguridad social, sino la disminución de los litigios que trascienden del ámbito de la discusión administrativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que, inclusive, se han presentado algunos criterios disímiles (...) Por hallarlo acorde con el adecuado entendimiento que debe darse a los artículos 128 del CST, 17 de la Ley 344 de 1996 y 30 de la Ley 1393 de 2010, la Sala unifica su criterio, siguiendo las pautas fijadas en las últimas providencias citadas, conforme a las razones que pasan a exponerse: Los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993 señalan que la base para calcular las cotizaciones a los subsistemas de salud y pensiones es el salario mensual, que, para los trabajadores particulares, es el que resulte de aplicar lo dispuesto en el CST. Igual previsión traen los artículos 2 de la Ley 27 de 1974 y 17 de la Ley 21 de 1982, que disponen que el IBC de aportes al ICBF, régimen del subsidio familiar (CCF) y SENA, es la nómina mensual de salarios entendida como “*la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral cualquiera que sea su denominación y, además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales*”. Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones, es necesario precisar aquellos factores constitutivos salario, según los términos del CST y los que no lo son y, que, por tanto, no hacen parte del IBC de aportes. Según el artículo 127 del CST, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea su denominación, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio y porcentajes sobre ventas y comisiones. El texto original del artículo 128 del CST señalaba los siguientes pagos hechos al trabajador como no constitutivos de salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador. No son la contraprestación del trabajo prestado, sino las sumas que recibe el empleado a título gratuito; (ii) los rubros que recibe el trabajador, en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes y (iii) las prestaciones sociales, que “*son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma*”. Dentro de las prestaciones sociales a cargo del empleador consagradas en los títulos VIII y IX del CST, cabe mencionar la asistencia médica derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, calzado y vestido de labor, gastos de entierro, cesantías y la prima de servicios. Los anteriores pagos **no son ingreso base de cotización** de aportes porque, en esencia, no son salario, de acuerdo con las normas laborales, pues no retribuyen el trabajo del empleado. Posteriormente, la Ley 50 de 1990 pretendió precisar el concepto de salario otorgando mayor libertad de estipulación, de tal manera que los empleadores pudieran conceder beneficios sin que ello implique costos adicionales. La modificación al artículo 128 del CST por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 incluyó como no salarial “*los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad*.” El alcance de la modificación prevista en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 no fue el pretendido, pues el criterio de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha sido que la naturaleza salarial de un pago no depende del acuerdo entre las partes, sino de si, por su esencia, constituye o no retribución del servicio prestado. Ante estas circunstancias, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 le dio el alcance correspondiente a los acuerdos entre empleadores y trabajadores en los que se haya pactado que algunos beneficios habituales u ocasionales no constituyan salario, al disponer lo siguiente: “Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.” No se trata de que un pago que es contraprestación directa del servicio

prestado y, por tanto, tiene naturaleza salarial, deje de tenerla por el acuerdo entre el empleador y los trabajadores. De conformidad con esta norma interpretativa, **para efectos de los aportes parafiscales y las contribuciones a la seguridad social, cuando se pacte que un pago no constituye salario, significa que no hará parte del ingreso base de cotización.** El alcance de estas normas es que factores que son salario puedan excluirse de la base para determinar las contribuciones a la protección social. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de febrero de 1993, que precisó lo siguiente: “[...] Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, **es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales** (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc). Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, **no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador**, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. **El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones.** Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”. (...) Este criterio de “desalarización”, expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, que analizó la constitucionalidad del referido artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se ha mantenido vigente hasta hoy, como se evidencia, entre otros, en los fallos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 6 de agosto de 2019, de 4 de febrero de 2020 y de 14 de octubre de 2020, en los que, además, se hizo hincapié en que “no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado”. En todo caso, quien alegue el pacto de “desalarización” debe probarlo, para lo cual debe tenerse en cuenta que, como dicho pacto puede ser consensual, no solo el medio probatorio escrito sirve para acreditar la voluntad de los contratantes. También son válidas otras pruebas, como los testimonios o la confesión, teniendo en cuenta que el contrato laboral puede ser verbal. Por consiguiente, como se indicó líneas atrás, después de la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, el IBC para empleados del sector privado es el salario menos aquellos factores que las partes hayan pactado que no son base de aportes. Al anterior análisis, debe integrarse el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, según el cual “para los efectos relacionados con los artículos 18 [subsistema de pensión] y 204 [subsistema de salud] de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”. Esta norma reprodujo el artículo 9 del Decreto 129 de 2010, que fue expedido con ocasión del estado de emergencia económica declarado por el Ejecutivo mediante Decreto 4975 de 2009. Sin embargo, el último decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-291 de 2010, por lo que se produjo el decaimiento del Decreto 129 de 2010 y obviamente, del artículo 9 de dicha normativa. Con todo, en el informe que el Gobierno presentó al Congreso de la República sobre la declaratoria del estado de emergencia social y de las medidas adoptadas (Gaceta 28 de 2010, Senado), se puede apreciar el propósito del Decreto 129 de 2010: “Igualmente, se busca garantizar que las personas con capacidad de pago cumplan con el pago de sus aportes al sistema obligatorio de salud y, en consecuencia, a los demás sistemas de la seguridad social en los que proceda su afiliación. **A su vez, las bases reales de ingreso se deben reflejar en los aportes al sistema, razón por la cual se crean restricciones a la posibilidad de pactar ingresos que se excluyan del IBC (límites a las desalarización)**” (...). A raíz del decaimiento del artículo 9 del Decreto 129 de 2010, el Gobierno presentó al Congreso de la República el proyecto de ley 245 (Senado) – 280 (Cámara de Representantes) de 2010, que terminó con la promulgación de la Ley 1393 de 2010. Al igual que lo propendido por el Ejecutivo con el artículo 9 del Decreto 129 de 2010, con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, el legislador buscó “frenar la erosión de la base de cotización generada en la posibilidad de pactar remuneraciones que no se computen como factor salarial”. Para ello estableció que aquellos pagos al trabajador que por pacto entre las partes se excluyen del IBC, no pueden superar el 40% del total de la remuneración, para determinar los aportes al sistema general de pensiones y al régimen contributivo de salud. Así, el propósito del legislador, como el del Ejecutivo en su momento, no fue incluir en el ingreso base de cotización, pagos que, por su esencia o naturaleza, no son constitutivos de salario, sino, establecer una limitante a la desalarización que se venía pactando entre empleadores y trabajadores al amparo de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996 y que erosionaba la base de aportes al Sistema de Seguridad Social. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración. En relación con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, la Corte Suprema de Justicia, precisó que “el precepto bajo análisis se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración para efectos de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo «lo previsto para otros fines», al tiempo que circunscribe esta prohibición «para los efectos

relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993», esto es, el IBC de la seguridad social” (Subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales). De acuerdo con lo anterior, la limitación contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es de exclusiva aplicación para el subsistema de salud, como lo entendió erradamente la apelante, sino que se extiende a los subsistemas de pensión y riesgos laborales. Es de anotar que existe una presunción de veracidad sobre las planillas de aportes al sistema de la seguridad social o PILA esto es, sobre los conceptos salariales y no salariales declarados por el aportante. No obstante, si el ente fiscalizador objeta los pagos no constitutivos de salario para incluirlos en el IBC de aportes, por considerar que sí remuneran el servicio, corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no salarial del pago realizado, a través de los medios probatorios pertinentes. De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala precisa el alcance y contenido de la limitación contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, para lo cual establece las siguientes reglas de decisión: 1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riesgos profesionales) únicamente lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador. 2. En virtud de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996, los empleadores y trabajadores pueden pactar que ciertos factores salariales no integren el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social. 3. El pacto de “desalarización” no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST- contraprestación del servicio) y, además, los factores que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración. 4. El pacto de “desalarización” debe estar plenamente probado por cualquiera de los medios de prueba pertinentes. 5. Los conceptos salariales y no salariales declarados por el aportante en las planillas de aportes al sistema de la seguridad social o PILA se presumen veraces. Si el ente fiscalizador objeta los pagos no constitutivos de salario para incluirlos en el IBC de aportes, por considerar que sí remuneran el servicio, corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no salarial del pago realizado, a través de los medios probatorios pertinentes. [E]n los actos demandados la UGPP reconoció expresamente que, conforme con el artículo 128 del CST, los pagos por concepto de “bonificaciones”, “auxilio monetario de educación, salud y vivienda”, “auxilios teléfonos móviles e internet”, “pago indirecto de salud” y “vales de alimentación”, no tenían el carácter de salarial, es decir, no retribuían el servicio. Asimismo, en lo que respecta a “otros pagos no detallados en nómina”, referentes a “alojamiento, manutención, pasajes aéreos, terrestres, premios”, dentro de lo que también incluyó los “bonos de transporte y alimentación”, determinó que varios de ellos correspondían a “viáticos” y que si bien según el artículo 130 de la Ley 50 de 1990, podían constituir factor salarial si se pagaban de forma permanente o no serlo, si se pagaban de manera accidental, desde el requerimiento para declarar y/o corregir fueron considerados como no salariales, reconocimiento que decidió mantener en los actos demandados. Así, frente a los anteriores conceptos, la UGPP reconoce que no tienen por objeto enriquecer el patrimonio de los trabajadores, sino, permitirles desempeñar sus funciones, a cabalidad. Sin embargo, consideró que, según el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, estos pagos no constitutivos de salario hacen parte de la base para aportes a seguridad social en lo que supere el 40% del total de la remuneración. De este modo, la UGPP no adicionó al IBC de aportes, factores que, por su naturaleza, eran salariales pero que por pacto entre empleador y trabajador se excluyeron de la base para determinar las contribuciones a la protección social y que excedían el límite del 40% previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. Lo que hizo, fue adicionar al IBC de aportes, factores que, bajo su interpretación, por su naturaleza y por disposición del propio artículo 128 del CST no tenían connotación de salariales, en aquella parte que excedía el 40% de la remuneración total. Lo anterior se reafirma al resolver el recurso de reconsideración contra el acto liquidatorio (...) De acuerdo con lo expuesto y sobre la base de que en este proceso no es objeto de discusión qué factores no constituyen salario, pues, como se precisó, en este caso la UGPP aceptó que “los pagos por bonificaciones, alojamiento, manutención, pasajes aéreos, terrestres, premios, auxilios monetarios de educación, salud y vivienda, bonos de transporte y alimentación, teléfonos móviles e internet, pago indirecto de salud y vales de alimentación son pagos no constitutivos de salario conforme al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo”, no tiene razón dicha entidad en cuanto señala que los factores no constitutivos de salario hacen parte del IBC de aportes al Sistema General de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos laborales) en aquella parte que exceda el 40% de la remuneración total, según el criterio de unificación jurisprudencial adoptado en esta providencia), puesto que ello desconoce las normas sobre seguridad social que establecen que dichos aportes deben calcularse sobre los conceptos que constituyan salario, de conformidad con el artículo 127 del CST. También desconoce la regla de unificación número 1, ya precisada. Como lo adicionado por la UGPP al IBC de aportes corresponde a conceptos que en este proceso ambas partes están de acuerdo en que no tienen connotación salarial, lo cual es improcedente a la luz de las anteriores consideraciones, la Sala dará prosperidad al cargo de apelación formulado por la demandante y se revoca la sentencia en ese punto.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de diciembre de 2021, C.P. Milton Chaves García, radicación: 05001-23-33-000-2016-02496-01 \(25185\).](#)

SECCIÓN QUINTA

La Sección Quinta sentó jurisprudencia señalando que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo de personero municipal o distrital, que sólo puedan inscribirse a una sola convocatoria.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Aranzazu, Caldas, alegando principalmente que la ESAP, entidad contratada por el concejo municipal para intervenir en el proceso de elección del personero, lo sustituyó al prohibir la multiinscripción de los aspirantes al cargo. La Sala revocó la decisión de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, sentó jurisprudencia señalando que es improcedente que los concejos municipales en sus convocatorias para la elección de personero municipal o distrital, así como los terceros o entidades especializadas de la Administración Pública que se contraten para el apoyo logístico en el desarrollo del concursos públicos de mérito para dichos efectos, establezcan como restricción para las aspirantes a dicho cargo, que sólo pueden inscribirse para una sola convocatoria, siendo que en todo momento se debe garantizar la amplia participación ciudadana. Así mismo, que la regla fijada tiene efectos hacia el futuro y su aplicación se predica a partir del próximo concurso público y abierto de méritos que se convoque para proveer el cargo de personero municipal y/o distrital.*

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL - Posibilidad de limitar la inscripción de los participantes a una sola convocatoria / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – La Sección Quinta sienta jurisprudencia en el sentido de que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo a que se inscriban a una sola convocatoria / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Aplicación hacia el futuro

Problema Jurídico: *¿Es procedente establecer por parte de los operadores logísticos contratados por los concejos municipales una limitación para la inscripción de los aspirantes al cargo de personeros municipales, en el sentido de permitir la participación de estos en una sola convocatoria?*

Tesis: “Así las cosas, bien sea que se decida por parte de los concejos llevar a cabo en forma directa el concurso, acudir a terceros o suscribir convenios asociativos o colectivos, lo cierto es que en todas ellas es improcedente imponer a los ciudadanos interesados en el acceso al cargo de personeros, que solo pueden presentarse a una convocatoria, cuando lo cierto es que independiente de la modalidad, una restricción en tal sentido no ha sido autorizada por el ordenamiento jurídico. Conforme a lo dicho, es claro que ello es improcedente, tanto al momento de la fijación de las condiciones de la convocatoria que adopten los órganos de elección, así como por parte de los operadores logísticos que se contraten o de los organismos especializados al interior de la Administración Pública a los que se acuda para la firma de convenios colectivos. (...). [E]sta Sección (...) sienta jurisprudencia en los siguientes términos: En aplicación de los principios de democracia participativa y libre concurrencia, así como de conformidad con lo señalado en el literal b), artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 del 2015, es improcedente que los concejos municipales en sus convocatorias para la elección de personero municipal o distrital, así como los terceros o entidades especializadas de la Administración Pública que se contraten para el apoyo logístico en el desarrollo del concursos públicos de mérito para dichos efectos, establezcan como restricción para las aspirantes a dicho cargo, que sólo pueden inscribirse para una sola convocatoria, siendo que en todo momento se debe garantizar la amplia participación ciudadana, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el acceso a dicha dignidad. (...). Esta Sala considera importante señalar, que la posición que se adopta en esta providencia, no solamente constituye precedente vinculante para todos los operadores judiciales, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 del 2011, modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 del 2021, sino que también tiene aplicación hacia el futuro, es decir, a partir de la próxima vez que se convoque, por cualquier motivo, a la celebración de un concurso público de méritos para elegir a un personero municipal y/o distrital”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de agosto de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2021-00030-00.](#)