



Concepto Sala de Consulta C.E. 000219 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

APORTES PARAFISCALES - Base de liquidación / EMPLEADOS PÚBLICOS DE ORGANISMOS Y ENTIDADES DE LA RAMA EJECUTIVA - Factores salariales / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Liquidación

Por expresa contemplación legal, los aportes parafiscales que deben efectuar los empleadores a la ESAP que se analizan, corresponden a un 0.5% del (1) salario mensual de sus trabajadores, y por salario deben entenderse todos los elementos, sin importar su denominación, que hagan parte de este concepto, de conformidad con la Ley laboral; así como la remuneración que se les de, por descansos, siempre que esta esté contemplada en la Ley, en una convención, o en un contrato (2). Son entonces los conceptos de salario (que incluya todos sus elementos) y remuneración por descanso, aquellos que deben ser tenidos en cuenta y analizarse, a efectos de resolver las inquietudes planteadas en la consulta. Vale la pena subrayar que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición normativa transcrita, el concepto de "salario" debe comprenderse conforme con la "ley laboral". (...) El artículo transcrito [artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978] contempla una lista de los elementos o "factores" que constituyen el concepto de salario, todo en el marco de una concepción general de "todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios". En este orden de ideas, la solución a la inquietud que se analiza es sí, siempre que se trate de los empleados públicos de organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a que hace referencia el Decreto 1042 de 1978. Estarían excluidos aquellos empleados públicos del orden territorial y otras ramas del poder público, y, obviamente, aquellos servidores públicos que detentan una vinculación contractual, para cuyo caso habrá que recurrir a su "ley laboral" a efectos de entender los alcances del concepto de salario. Esta interpretación ha sido ya adoptada por esta Sala en el pasado, situación que supone una ratificación de la argumentación coincidente sostenida al respecto.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1982 - ARTICULO 17 / DECRETO 1042 DE 1978

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Deben liquidarse incluyendo la prima de servicios

Para el caso de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional mencionados antes, el literal f) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 contempla a la prima de servicios dentro de los factores constitutivos de salario y, por ende, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 debe comprenderse a esta, dentro de la base de liquidación del aporte parafiscal que se revisa. Para el caso de servidores públicos que tengan una relación contractual, o que siendo reglamentaria no pertenezcan a aquellos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional referidos en el Decreto 1042 de 1978, deberán revisarse las normas que conforman su "ley laboral" por las razones arriba indicadas.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1982 - ARTICULO 17 / DECRETO 1042 DE 1978

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Deben liquidarse incluyendo la prima de actividad establecida para los miembros de la fuerza pública / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - En su liquidación no debe incluirse la prima especial de servicios establecida para funcionarios de la rama judicial

La Prima de Actividad es un reconocimiento económico establecido normativamente a favor de miembros de la fuerza pública, mientras se encuentren prestando servicios profesionales de su especialidad, dentro de esta y, por cuyo efecto, tendrán derecho a una prima mensual de actividad en un porcentaje sobre el sueldo básico del respectivo grado. (...) Para efectos de dar una solución lógica y sustentable en términos históricos, a una situación que, como tantas otras se produce como consecuencia de una dispersión normativa que caracteriza el régimen de los empleados públicos y, en general, de todos los servidores públicos, estima necesario esta Sala acudir al enunciado conceptual de salario contenido en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, a efectos de cotejarlo con el sentido y contenido material de la prima de actividad que se analiza. Con tal sentido, se recuerda que, en esta disposición normativa relativa a empleados públicos de la Rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se entendió por salarios: "todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios". En virtud de ello, esta Sala observa que la naturaleza y conformación de la pima (sic) de actividad que se menciona, constituye, en efecto, una retribución o reconocimiento derivado de los servicios prestados por este tipo de empleados públicos, que se hace de manera habitual y periódica, motivo por el cual, para los efectos de la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, debe comprenderse como un factor constitutivo de salario en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en concordancia con el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 aplicable a este tipo de empleados. (...) La prima especial de servicios comprendida como aquella dispuesta para algunos funcionarios de la rama judicial, por los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, a diferencia de los elementos referidos con anterioridad, para los propósitos de entender si debe comprenderse como factor salarial para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza en este concepto en los términos de la Ley 21 de 1982, no puede analizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, ya que en esta disposición, según lo indicado, se establecieron reglas relativas al salario y a los factores que lo constituyen, únicamente para empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional. En virtud de esto, y en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982,

debe entonces analizarse si puede comprenderse la prima especial de servicios que se revisa, como un factor salarial, sin contar con una disposición normativa que de alguna manera lo especifique (como lo hace el Decreto 1042 de 1978 para empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público). Lo anterior, pese a la existencia de jurisprudencia no siempre clara ni unívoca al respecto, encuentra al entender de la Sala una solución normativa y de jurisprudencia constitucional, toda vez que, en primer lugar, al menos una de las normas que hacen alusión a esta prima (artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 332 de 1996), expresamente, señala que: “la prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 (...) harán (sic) parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.”

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1982 – ARTICULO 17 / DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 14

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – Deben liquidarse incluyendo la prima de vacaciones

En el análisis de si la prima de vacaciones debe o no considerarse para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, la Sala entiende que no puede comprenderse a esta como un factor comprendido dentro del concepto de salario de la “ley laboral” aplicable a los servidores públicos en general y por ende a los empleados públicos en particular. Pese a la posibilidad argumentativa de posiciones en contra de esta afirmación, vale la pena señalar que de ser viables ellas, solo podrían entender a la prima de navidad como factor salarial, para efectos de liquidación de cesantías y pensiones. Sin embargo, se recuerda que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, relativo a la base de liquidación, entre otros, del aporte parafiscal que debe hacerse a la ESAP, a más de los “pagos hechos por los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral” hace relación a los “pagos (...) verificados por descansos remunerados de ley”. La comprensión de la prima de vacaciones como una prestación que existe para el disfrute, en este caso de los servidores públicos, de sus vacaciones, pone en evidencia, su condición de pago por un descanso remunerado, razón por la cual, no le asisten dudas a esta Sala de que esta prestación debe ser tenida en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza.

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – En su liquidación no deben incluirse pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos

En lo que respecta a los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable para la delimitación y comprensión del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en los términos arriba indicados, “los viáticos percibidos por funcionarios en comisión” son concebidos como uno de los factores constitutivos del concepto de salario, motivo por el cual, al menos para el caso de este tipo de servidores públicos, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza. Cabe agregar al respecto, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los viáticos por comisión de servicios no pueden asimilarse con cualquier tipo de viáticos, ya que el carácter habitual y permanente caracteriza a los primeros.

APORTES PARAFISCALES – Término de prescripción

Sobre el problema jurídico que recoge esta inquietud hubo un antecedente normativo que, de manera inequívoca, lo resolvía. Se establecía en el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 que las normas relativas al “cobro” incorporadas en el libro quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidos, entre otros, en la Ley 21 de 1982. En este sentido era evidente que la existencia de una norma especial al respecto, hacía innecesario acudir a normas generales relativas al cobro de este tipo de recursos y, dentro de ellas, lo relativo a la prescripción. Así lo entendió la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. El aludido artículo 54 de la Ley 383 de 1997 ha sufrido cambios, con ocasión de la expedición de las Leyes 488 de 1998 y 633 de 2000, artículos 91 y 99 respectivamente. (...) La ausencia de una norma expresa que establezca una interpretación inequívoca, podría hacer pensar en la aplicación del Estatuto Tributario (artículo 817) para cubrir este vacío, tal y como lo ha entendido esta Sala en el pasado; tal idea, sin embargo, se abandonará, porque al entender de esta misma Sala en el presente, el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales que se analizan; motivo por el cual, se estima, en cambio, pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil. En tal sentido, debe observarse lo dispuesto al respecto en el inciso primero del artículo 2536 del Código Civil, donde se señala: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) años”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 2536

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA (CONJUEZ)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 11001-03-06-000-2016-00219-00(2317)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Procede la Sala a emitir concepto sobre la consulta de la referencia, en virtud de sus competencias constitucionales y legales, en particular la contenida en el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011. Con este propósito se estructurará el presente concepto así: Se presentarán, en primer lugar, los antecedentes de este (I); se procederá a la delimitación de consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública (II); se indicará y sistematizará su objeto (III) a efectos de resolver las inquietudes planteadas, que se dividirán en, inquietudes relacionadas con los factores que constituyen el ingreso base para el cálculo de los aportes parafiscales a la ESAP (III.1) y la inquietud

relacionada con el término de prescripción de los aportes parafiscales a la ESAP (III.2).

I. Antecedentes del concepto que resuelve la consulta

Mediante oficio con No. de radicación: 20166000232641 de 2 de noviembre de 2016, la directora del Departamento Administrativo de la Función Pública formuló una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado cuya referencia es: “Consulta sobre la base de liquidación de los aportes parafiscales previstos en la Ley 21 de 1982, a favor de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP”.

En desarrollo de ello, la totalidad de los consejeros de Estado que conforman la Sala se declararon impedidos, argumentando, en síntesis, la incidencia que el correspondiente concepto podría tener en el valor de lo percibido periódicamente por concepto de salario en su condición de funcionarios de la rama judicial del poder público.

Con ocasión de lo anterior, por secretaría, se designó como conjuceces a María Teresa Palacio Jaramillo, Enrique Arboleda Perdomo y Alberto Montaña Plata. En Sala de 19 de febrero de 2018, conformada por estos para resolver el impedimento referido, el conjuce Enrique Arboleda Perdomo manifestó también impedimento, por considerar que, las razones argumentadas por los consejeros de Estado, podían extenderse a él por su condición de ex consejero de Estado y el hecho de encontrarse adelantando trámites para la obtención de su pensión.

En virtud de ello, por secretaría, se designó como cuarto conjuce para resolver el último de los impedimentos aludidos y, si resultaba del caso, para continuar con el trámite correspondiente, a Juan Pablo Cárdenas Mejía.

En sala de 12 de marzo de 2018 los conjuceces María Teresa Palacio Jaramillo, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Alberto Montaña Plata aceptaron el impedimento presentado por el conjuce Enrique Arboleda Perdomo, procedieron a analizar los impedimentos presentados por la totalidad de los Consejeros de Estado que conforman la Sala de Consulta y Servicio Civil y los aceptaron, y se sorteó como ponente al último de ellos.

El presente concepto que da solución a la consulta de la referencia se discutió y aprobó en Sala de 24 de abril de 2018.

II. Objeto de la consulta

Si bien en la referencia del documento a través del cual se formuló la consulta, así como en el encabezado del mismo, se aludió a que la consulta se formulaba sobre los factores que constituyen el ingreso base de liquidación para el cálculo de los aportes parafiscales a favor de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) contemplados en la Ley 21 de 1982, la simple revisión de las preguntas formuladas, pone en evidencia que, el grueso de estas, guarda relación con ello, pero una de las inquietudes no, ya que hace referencia al término de prescripción de este aporte parafiscal.

Previa a la formulación de las inquietudes aludidas, en el documento que se indica, se presentaron unas “consideraciones”. En estas, se hizo alusión y se transcribieron algunas normas jurídicas que, al entender del organismo que formula la consulta, constituyen el marco normativo de las inquietudes formuladas: Artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 17 de la Ley 21 de 1982; párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988; en armonía con el Decreto Ley 1042 de 1978, en particular su artículo 42; relacionados con las inquietudes referidas al ingreso base de liquidación. Y artículos 91 de la Ley 488 de 1998, modificado por el artículo 99 de la Ley 633 de 2000; 817 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014; en relación con la inquietud sobre el término de la prescripción de los aportes parafiscales.

Bajo el mismo rótulo de “consideraciones” se transcribieron algunos apartes de conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como de providencias judiciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. Así mismo, se presentaron algunas interpretaciones jurídicas. En relación con estas últimas, debe aclararse que el presente concepto no constituye su aval y que se limitará a la solución de las inquietudes formuladas en el contexto referido, que textualmente son:

- 1) ¿Las entidades deben incluir dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales elementos como la prima de servicios?
- 2) ¿La prima de actividad, la prima por compensación, prima especial de servicios, bonificación por actividad judicial que se reconocen de manera habitual al trabajador deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?
- 3) ¿Teniendo en cuenta que la prima de vacaciones se genera cuando el servidor público tiene derecho al disfrute de las vacaciones debe incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales, o al tener la connotación de prestación social no hace parte de la misma?
- 4) ¿Los pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos, como consecuencia de una comisión de servicios, deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?
- 5) ¿Para el cálculo de aportes parafiscales se debe acudir a la naturaleza de los pagos, según la definición del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, cuando señala: “... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” o por el contrario el proceso de fiscalización, debe limitarse a la enunciación expresa de los componentes señalados como factores de salario, dentro del mismo acápite del artículo enunciado?
- 6) ¿Cuál es el término de prescripción de los aportes parafiscales?

A la precisión hecha sobre el objeto del presente concepto, debe agregársele, finalmente, que, si bien la enunciación de las preguntas trascritas en el concepto de la Sala de Consulta de 2018 se circunscribió a los aportes parafiscales que deben efectuarse a favor de la ESAP.

términos de la Ley 21 de 1982, toda vez que tal delimitación se hace, según lo indicado, en la referencia y encabezado de la consulta.

III. Solución a las inquietudes planteadas en la consulta

Según lo indicado, resulta, de fácil constatación que, de las inquietudes que constituyen la consulta que debe resolverse, de la 1 a la 5 guardan relación con aspectos relacionados con la base de liquidación del aporte parafiscal a la ESAP, mientras que la 6, hace referencia al término de prescripción del aporte parafiscal.

Esa la división que se utilizará, en este aparte, para la solución de las inquietudes formuladas.

III.1- Solución a las inquietudes relacionadas con la base base de liquidación del aporte parafiscal a la ESAP

Por las consideraciones metodológicas señaladas, se resolverán en este sub aparte las inquietudes 1 a 5. No se seguirá el mismo orden para ello, ya que la solución a la inquietud 5, será útil, de manera más o menos directa, para la solución de las otras (1 a 4), por ello se comenzará por esta, luego de presentar algunas consideraciones generales que guardan relación con todas.

La consulta formulada se circunscribe, según lo indicado, a uno de los aportes parafiscales que, entre otros, deben efectuar los organismos y entes de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional¹, por concepto de subsidio familiar², el correspondiente a la ESAP. De conformidad con lo establecido en la Ley 21 de 1982, el porcentaje que deben pagar los empleadores del “monto de sus respectivas nóminas” por concepto de aportes parafiscales para subsidio familiar y otros aportes es del 6% (artículo 9), del que, solo el equivalente al 0.5% corresponde al aporte que debe efectuarse a la ESAP (artículo 11).

Las inquietudes que en este sub acápite se analizan (1 a 5), tienen que ver con la base de liquidación que se debe tener en cuenta para el cálculo del aludido porcentaje. Al respecto debe aclararse, tal y como se indica en el documento de formulación de la consulta, que la misma Ley dispuso una norma donde se estableció ello; se trata del artículo 17 de la Ley 23 de 1982, que por la importancia que tiene para el presente concepto, se transcribe:

“Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios 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.

Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago.” (subrayas fuera de texto)

Es evidente entoces que, por expresa contemplación legal, los aportes parafiscales que deben efectuar los empleadores a la ESAP que se analizan, corresponden a un 0.5% del (1) salario mensual de sus trabajadores, y por salario deben entenderse todos los elementos, sin importar su denominación, que hagan parte de este concepto, de conformidad con la Ley laboral; así como la remuneración que se les de, por descansos, siempre que esta esté contemplada en la Ley, en una convención, o en un contrato(2).

Son entonces los conceptos de salario (que incluya todos sus elementos) y remuneración por descanso, aquellos que deben ser tenidos en cuenta y analizarse, a efectos de resolver las inquietudes planteadas en la consulta.

Vale la pena subrayar que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición normativa transcrita, el concepto de “salario” debe comprenderse conforme con la “ley laboral”. Tal situación no es del todo fácil ya que, es bien sabido, que el régimen jurídico de los servidores públicos, está caracterizado, entre otros, por una dispersión normativa; distinción de regímenes, con base en distintos criterios, uno de los cuales es la existencia de un vínculo contractual o de acto administrativo que puede tener el servidor público con su empleador; y, en virtud de lo anterior, posibilidad o no de recurrir a normas laborales ordinarias para cubrir lagunas interpretativas.

Inquietud 5: ¿Para el cálculo de aportes parafiscales se debe acudir a la naturaleza de los pagos, según la definición del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, cuando señala: “... constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios ...” o por el contrario el proceso de fiscalización, debe limitarse a la enunciación expresa de los componentes señalados como factores de salario, dentro del mismo acápite del artículo enunciado?

El Decreto 1042 de 1978 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones” fue un Decreto expedido en uso de facultades extraordinarias y, por ende, detenta fuerza material de Ley³.

Por la naturaleza y enfoque de la consulta que da lugar a este concepto, pareciera inferirse que la totalidad de las inquietudes que se revisan en este sub acápite, guardan relación, principalmente, con empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional⁴. En este sentido, por la naturaleza y contenido material del decreto que se analiza, es evidente que sus normas constituyen “ley laboral” para esta categoría y clase de servidores públicos, por lo que una disposición normativa que dentro de él aluda a los elementos constitutivos del concepto de “salario” deberá observarse, para con ello dar claridad a los alcances del artículo 17 de la Ley 23 de 1982.

esta disposición normativa:

“Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salarios todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados
- h) Los viáticos percibidos por funcionarios en comisión.”

Como se observa, el artículo transcrito contempla una lista de los elementos o “factores” que constituyen el concepto de salario, todo en el marco de una concepción general de “todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”⁵.

En este orden de ideas, la solución a la inquietud que se analiza es sí, siempre que se trate de los empleados públicos de organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a que hace referencia el Decreto 1042 de 1978. Estarían excluidos aquellos empleados públicos del orden territorial y otras ramas del poder público, y, obviamente, aquellos servidores públicos que detentan una vinculación contractual, para cuyo caso habrá que recurrir a su “ley laboral” a efectos de entender los alcances del concepto de salario.

Esta interpretación ha sido ya adoptada por esta Sala en el pasado⁶, situación que supone una ratificación de la argumentación coincidente sostenida al respecto.

Inquietud 1: ¿Las entidades deben incluir dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales elementos como la prima de servicios?

Sí, para el caso de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional mencionados antes, el literal f) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 contempla a la prima de servicios dentro de los factores constitutivos de salario y, por ende, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 debe comprenderse a esta, dentro de la base de liquidación del aporte parafiscal que se revisa.

Para el caso de servidores públicos que tengan una relación contractual, o que siendo reglamentaria no pertenezcan a aquellos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional referidos en el Decreto 1042 de 1978, deberán revisarse las normas que conforman su “ley laboral” por las razones arriba indicadas.

Inquietud 2: ¿La prima de actividad, la prima por compensación, prima especial de servicios, bonificación por actividad judicial que se reconocen de manera habitual al trabajador deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?

Se discriminarán los distintos elementos enunciados en la pregunta para el desarrollo del análisis correspondiente.

La Prima de Actividad es un reconocimiento económico establecido normativamente a favor de miembros de la fuerza pública, mientras se encuentren prestando servicios profesionales de su especialidad, dentro de esta y, por cuyo efecto, tendrán derecho a una prima mensual de actividad en un porcentaje sobre el sueldo básico del respectivo grado⁷.

Ha tenido desarrollo normativo en disposiciones que se transcriben:

Artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990:

“Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”

Artículo 68 del Decreto Ley 1212 de 1990:

“Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente
Concepto Sala de Consulta C.E. 000219 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”

Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990:

“Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”

Basta una revisión de la lista de los factores que constituyen salario de los empleados públicos contenida en el citado artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, para concluir que la prima de actividad no está incluida dentro de ellos. En tal sentido, la inquietud que se analiza en relación con este tipo de prima, debería resolverse de manera negativa.

Sin embargo, esta Sala pone de presente que las referidas disposiciones normativas que contemplan la prima de actividad, detentan fuerza material de ley y fueron expedidas con posterioridad a lo dispuesto en el artículo 42 de Decreto Ley 1042 de 1978. En tal sentido, no podía esta última disposición haber tenido en cuenta este tipo de prima dentro de los factores constitutivos de salario, aunque así se hubiera querido.

Por ello, y para efectos de dar una solución lógica y sustentable en términos históricos, a una situación que, como tantas otras se produce como consecuencia de una dispersión normativa que caracteriza el régimen de los empleados públicos y, en general, de todos los servidores públicos, estima necesario esta Sala acudir al enunciado conceptual de salario contenido en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, a efectos de cotejarlo con el sentido y contenido material de la prima de actividad que se analiza⁸.

Con tal sentido, se recuerda que, en esta disposición normativa relativa a empleados públicos de la Rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se entendió por salarios: “todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”.

En virtud de ello, esta Sala observa que la naturaleza y conformación de la prima de actividad que se menciona, constituye, en efecto, una retribución o reconocimiento derivado de los servicios prestados por este tipo de empleados públicos, que se hace de manera habitual y periódica, motivo por el cual, para los efectos de la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, debe comprenderse como un factor constitutivo de salario en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en concordancia con el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 aplicable a este tipo de empleados.

En lo que respecta a la prima por compensación entiende esta Sala, que de conformidad con la denominación que utilizan normas reglamentarias (como el Decreto 610 de 1998) y de la misma forma como lo ha hecho la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, que se hace referencia a la denominada “bonificación por actividad judicial” a la que se hará referencia más adelante. En tal sentido, se remite a lo que se expondrá con ocasión del análisis de ella.

La prima especial de servicios comprendida como aquella dispuesta para algunos funcionarios de la rama judicial, por los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992¹⁰, a diferencia de los elementos referidos con anterioridad, para los propósitos de entender si debe comprenderse como factor salarial para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza en este concepto en los términos de la Ley 21 de 1982, no puede analizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, ya que en esta disposición, según lo indicado, se establecieron reglas relativas al salario y a los factores que lo constituyen, únicamente para empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.

En virtud de esto, y en los términos establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, debe entonces analizarse si puede comprenderse la prima especial de servicios que se revisa, como un factor salarial, sin contar con una disposición normativa que de alguna manera lo especifique (como lo hace el Decreto 1042 de 1978 para empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público).

Lo anterior, pese a la existencia de jurisprudencia no siempre clara ni unívoca al respecto, encuentra al entender de la Sala una solución normativa y de jurisprudencia constitucional, toda vez que, en primer lugar, al menos una de las normas que hacen alusión a esta prima (artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 332 de 1996), expresamente, señala que: “la prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4^a de 1992 (...) harán (sic) parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.” (subrayas fuera de texto)¹¹.

Así mismo, en el entendido de que la limitación apenas trascrita, haga referencia únicamente a la prima especial de servicios referida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y no a la del artículo 15, en lo que respecta a este último, debe recordarse que, la expresión en él contenida que aludía a que esta prima no tiene “carácter salarial” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹² para señalar que debía comprenderse como tal, para efectos de la liquidación pensional, es decir, igual a lo dispuesto para esta prima en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992¹³.

Con base en lo anterior, si la Ley y la Corte Constitucional han entendido que la prima especial de servicios que se revisa, debe entenderse como factor salarial, pero, para los efectos de la liquidación pensional, es evidente que, para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza, no puede comprenderse como tal ya que tal consideración es limitativa.

Finalmente, en lo que respecta a la bonificación por actividad judicial debe señalarse que el artículo 1 del Decreto (reglamentario de la Ley 4 de 1992) 610 de 1998 introdujo este tipo de bonificación en los siguientes términos:

“Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2o del presente decreto¹⁴, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los
Concepto Sala de Consulta C.E. 000219 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil **EVA - Gestor Normativo**

ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

La Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.¹⁵

La disposición normativa transcrita fue modificada o adicionada por el artículo 1 del Decreto (también reglamentario de la Ley 4 de 1992) 1102 del 24 de mayo de 2012, en el sentido de que la bonificación por compensación a la Actividad Judicial sería reconocida adicionalmente a favor de los auxiliares de la justicia y demás funcionarios de las altas Cortes, Tribunales, y la Procuraduría General de la Nación, estableciéndose que esta equivaldría a un valor que “sumado a la asignación básica y demás ingresos laborales igualen al ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura”.

Adicional a lo anterior, en la disposición normativa en comento, se dispuso que “La Bonificación por Compensación, pagadera mensualmente, sólo constituye factor salarial para efecto del ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los mismos términos de la Ley 797 de 2003”.

Se constata entonces que, tanto en la norma que contempló esta bonificación, como en la que la adicionó o modificó, que se mencionan, al igual que en el caso de la prima especial de servicios que se analizara antes, se estableció que solo podría comprenderse esta como factor salarial, para efectos de liquidación de aportes a pensiones y a seguridad social en salud.

En ese orden de ideas, es evidente, entonces, que la bonificación por actividad judicial no puede comprenderse como factor salarial para efectos de la liquidación del aporte parafiscal que en este concepto se analiza.(sic)

Inquietud 3: ¿Teniendo en cuenta que la prima de vacaciones se genera cuando el servidor público tiene derecho al disfrute de las vacaciones debe incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales, o al tener la connotación de prestación social no hace parte de la misma?

Es evidente que, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente la prima de vacaciones de los servidores públicos es comprendida como una prestación social. Así se establece, tanto para empleados públicos, como para trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público del orden central, en términos similares al ámbito de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, por parte del también Decreto Ley 1045 de 1978¹⁶. En efecto, el literal d) del artículo 5 de este decreto contempla a la prima de vacaciones como una prestación social.

Tal caracterización de la prima de vacaciones coincide además con lo dispuesto en la ley laboral ordinaria. Mas que por la pertinencia de esta normatividad para la prima de vacaciones de los servidores públicos que se analiza, se cita para poner de presente que pareciera coincidir con la legislación especial revisada (Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978) en el sentido de distinguir, salarios y factores que lo componen, de prestaciones sociales.

Para el objeto de este concepto, tal consideración resulta importante para poner de presente que, en el análisis de sí la prima de vacaciones debe o no considerarse para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, la Sala entiende que no puede comprenderse a esta como un factor comprendido dentro del concepto de salario de la “ley laboral” aplicable a los servidores públicos en general y por ende a los empleados públicos en particular. Pese a la posibilidad argumentativa de posiciones en contra de esta afirmación¹⁷, vale la pena señalar que de ser viables ellas, solo podrían entender a la prima de navidad como factor salarial, para efectos de liquidación de cesantías y pensiones.

Sin embargo, se recuerda que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, relativo a la base de liquidación, entre otros, del aporte parafiscal que debe hacerse a la ESAP, a más de los “pagos hechos por los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral” hace relación a los “pagos (...) verificados por descansos remunerados de ley”.

La comprensión de la prima de vacaciones como una prestación que existe para el disfrute, en este caso de los servidores públicos, de sus vacaciones, pone en evidencia, su condición de pago por un descanso remunerado, razón por la cual, no le asisten dudas a esta Sala de que esta prestación debe ser tenida en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza.

Inquietud 4: ¿Los pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos, como consecuencia de una comisión de servicios, deben incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales?

En lo que respecta a los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable para la delimitación y comprensión del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 en los términos arriba indicados, “los viáticos percibidos por funcionarios en comisión” son concebidos como uno de los factores constitutivos del concepto de salario, motivo por el cual, al menos para el caso de este tipo de servidores públicos, deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza.

Cabe agregar al respecto, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los viáticos por comisión de servicios no pueden asimilarse con cualquier tipo de viáticos, ya que el carácter habitual y permanente caracteriza a los primeros¹⁸.

III.2 Solución a la inquietud relacionada con el término de prescripción de los aportes parafiscales

Este sub acápite según lo indicado guarda relación con la pregunta restante:

Inquietud 6: ¿Cuál es el término de prescripción de los aportes parafiscales?

Resulta pertinente señalar que sobre el problema jurídico que recoge esta inquietud hubo un antecedente normativo que, de manera inequívoca, lo resolvía. Se establecía en el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 que las normas relativas al “cobro” incorporadas en el libro quinto del Estatuto Tributario, eran las disposiciones aplicables en lo referente a la administración y control de las contribuciones y aportes establecidos, entre otros, en la Ley 21 de 1982¹⁹.

En este sentido era evidente que la existencia de una norma especial al respecto, hacía innecesario acudir a normas generales relativas al cobro de este tipo de recursos y, dentro de ellas, lo relativo a la prescripción. Así lo entendió la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado²⁰.

El aludido artículo 54 de la Ley 383 de 1997 ha sufrido cambios, con ocasión de la expedición de las Leyes 488 de 1998 y 633 de 2000, artículos 91 y 99²¹ respectivamente. Su nuevo texto es el siguiente:

“El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje, las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto de Seguros Sociales, la Escuela Superior de Administración Pública, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tendrán amplias facultades de fiscalización y control frente a las contribuciones y aportes inherentes a la nómina que les correspondan respectivamente, de acuerdo con sus actuales competencias y conforme con aquellas normas del Libro V del Estatuto Tributario Nacional que sean compatibles con el ejercicio de sus funciones”.

Como se observa, la disposición normativa vigente ya no alude al “cobro” de los aportes; por el contrario, hace referencia solamente a la aplicación del Libro V del Estatuto Tributario para el ejercicio de facultades de fiscalización²² y control²³, conceptos estos que no suponen la facultad de cobro.

La ausencia de una norma expresa que establezca una interpretación inequívoca, podría hacer pensar en la aplicación del Estatuto Tributario (artículo 817²⁴) para cubrir este vacío, tal y como lo ha entendido esta Sala en el pasado²⁵; tal idea, sin embargo, se abandonará, porque al entender de esta misma Sala en el presente, el Estatuto Tributario tiene una delimitación de su objeto que no puede extenderse a los aportes parafiscales que se analizan; motivo por el cual, se estima, en cambio, pertinente, acudir a las normas generales sobre la prescripción contenidas en el Código Civil.²⁶

En tal sentido, debe observarse lo dispuesto al respecto en el inciso primero del artículo 2536 del Código Civil, donde se señala: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) años”.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO

Presidenta de la Sala de Conjuces

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Conjuez

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Conjuez

OSCAR ALBERTO REYES REY

Secretario

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Al respecto se cita en la consulta el artículo 7 de la Ley 21 de 1982.

2 Los aportes parafiscales que guardan relación con la formulación de la consulta que da lugar a este concepto se encuentran contemplados en la Ley 21 de 1982 “Por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”, en los términos de lo dispuesto en el artículo 11 de ella, existe un aporte que debe hacerse al subsidio familiar en términos estrictos, así como otros específicos: al SENA, a la ESAP y a Escuelas Industriales e Institutos técnicos nacionales y de otros órdenes.

3 Al menos el artículo que acá interesa, fue objeto de una acción de inexequibilidad que en su momento fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 091 de 16 de octubre de 1986.

4 En las aludidas “consideraciones” de la consulta se hace expresa mención al Decreto 1042 de 1978; adicional a la denominación de este (que claramente lo circunscribe a empleados públicos) debe indicarse que en su artículo 1 relativo al ámbito de aplicación se estableció: “ El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos, administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.” (subrayas fuera de texto).

5 Sobre esta concepción general que se asimila a lo dispuesto en la legislación laboral ordinaria, ha señalado la jurisprudencia que este concepto de salario ha superado el ámbito jurídico, y se ha extendido a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que un concepto remuneración no puede tener pretensiones atemporales, sino estar caracterizado por una idea que permita reconocer las contraprestaciones básicas para atender las necesidades personales y familiares en un momento determinado, con el fin de garantizar una existencia acorde con la dignidad humana del trabajador. (Corte Constitucional, Sentencias C-521 de 1995 y C-1218 de 2001 entre otras).

6 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de mayo de 1987. No. de Radicación: 110. En similar sentido e incluso con mayor contundencia pueden citarse los conceptos de la misma Sala de 11 de noviembre de 1998, No. de radicación 1156; y de 27 de noviembre de 1996, No. de radicación: 923. Los dos últimos fueron referidos, y transcritos algunos extractos de ellos, en la consulta que resuelve este concepto.

7 Sobre la justificación y naturaleza de esta, ha indicado la Corte Constitucional (Sentencia C-432 de 2004): “De lo expuesto podemos concluir que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente(...). En esta medida, dichas prestaciones resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los miembros de la fuerza pública con el resto de servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios. (...).”.

8 En el sentido conceptual material de salario referido antes en la nota a pie de página No. 5.

9 Sentencia de 14 de diciembre de 2012. Expediente No. 10067-05.

10 Se dispuso en el texto original de estas disposiciones de la aludida Ley marco: Artículo 14 de la Ley 4 de 1992: “ El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Parágrafo. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

Por su parte, el artículo 15 de la misma Ley dispuso: “ Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros de despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.” (el texto subrayado fue declarado inexecutable. En el texto del concepto se hará alusión a la incidencia de ello en la consulta que se resuelve).

El primero de los artículos citados fue modificado por el artículo 1 de la Ley 332 de 1996, en los siguientes términos: “La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4a. de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio, harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.” .

Posteriormente fue aclarado por el artículo 1 de la Ley 476 de 1998 en los siguientes términos: “Aclárase (sic) el artículo 1o. de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4a. de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6o. del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.”.

11 La Sección Segunda del Consejo de Estado en una sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 (0112-2009) de inmensa importancia, por la trascendencia que ha tenido en la construcción y formación de la jurisprudencia que la ha seguido, aproximándose a algunas consideraciones propias de los trabajadores privados o al menos de aquellos trabajadores con una relación contractual que se rigen por el Código Sustantivo del trabajo, ha señalado que existen prestaciones sociales que pueden comprenderse como componentes de salario, de fácil identificación, aunque la ley no siempre sea precisa en determinar ello, y en algunas oportunidades, limite tal calificación a efectos de liquidar pensiones.

12 Sentencia C-681 de 2003.

13 En efecto, una de las razones expresadas por la Corte Constitucional para adoptar la decisión de declarar inexecutable la aludida expresión de la disposición normativa que se comenta, fue la inequidad y desigualdad que se presentaría entre la prima especial de servicios referida en el artículo 14 y la del artículo 15 de la Ley 4 de 1992, toda vez que a partir de la reforma de la primera (introducida por la Ley 332 de 1996) era evidente que se comprendía esta como factor salarial para efectos de la liquidación pensional.

14 Se estableció en el artículo 2 de este Decreto: “ La Bonificación por Compensación de que trata el artículo anterior, se aplicará a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura; a los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal de Distrito, y los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.”

“<Destinatarios de la bonificación adicionados por el artículo 1 del Decreto 1239 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> a los Secretarios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y al Secretario Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. “

15 Sobre la vigencia de esta norma y, en general del Decreto 610 de 1998, cabe recordar que este fue derogado y modificado respectivamente por los Decretos 2668 de 1998 y 1239 de 1998 (al que se hará mención en seguida) respectivamente. Pese a ello, ha señalado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia de 11 de septiembre de 2003) que el Decreto 610 de 1998 ha recobrado vigencia, en los siguientes términos: “Sobre este punto cabe señalar que no se puede afirmar que el Decreto 664 de 1999 haya creado una bonificación por compensación diferente de la prevista en los Decretos 610 y 1239. Es el mismo derecho con diferente cuantía. Pero el 664 perdió fuerza ejecutoria cuando se declaró nulo el 2668, como consecuencia de que el 664 se expidió sobre la base de que la bonificación por compensación a que se refieren el 610 y 1239 no existía y por ello utilizó la expresión obvia de 'créase'; entonces si el día anterior a la expedición del 664 la bonificación por compensación no existía, ello es el fundamento fáctico jurídico de su expedición, pero al declararse nulo el 2668 y recobrar vigencia el 610 y 1239, ello determina que el día anterior estaban vigentes éstos y, por ende, desapareció el fundamento fáctico y jurídico del tantas veces citado 664, que es lo que conforme al artículo 66, numeral 2, del C.C.A., se denomina 'pérdida de fuerza ejecutoria', fenómeno que se traduce en que por mandato legal un acto administrativo no está llamado a seguir produciendo efectos, sin necesidad de declaración judicial que así lo disponga.” Existe similar pronunciamiento con ocasión de la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004 donde se creó una “Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios” Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 14 de diciembre de 2012, Expediente No. 10067-05.

16 Se insiste en que mientras el Decreto Ley 1042 de 1978 delimita su ámbito de aplicación a los empleados públicos, el 1045 del mismo año, relativo a prestaciones sociales, debe aplicarse también a trabajadores oficiales es decir, a servidores públicos con vínculo contractual. En efecto, la denominación de este decreto así lo indica: “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”, así como el artículo correspondiente a su ámbito de aplicación (artículo 1): “Del campo de aplicación. El presente Decreto fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales señaladas por la ley para su personal.” “Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial.”

Al igual que el Decreto 1045 de 1978 circunscribe su ámbito a servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional en los siguientes términos: “De las entidades de la administración pública. Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional de la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales.”

17 La tesis que se presenta pudiera interpretarse como contraria al espíritu del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 que contempla a la prima de vacaciones dentro de un concepto de salario, a efectos de liquidar cesantías y pensiones. En este mismo sentido puede revisarse el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 18 de julio de 2002. Expediente No. 1393.

18 Ha sostenido el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo “(...) en efecto, se ha considerado a los viáticos como aquella asignación que es capaz de retribuir y, por ende, remunerar la labor prestada, cuando sufragan la manutención y el alojamiento del servidor en el lugar donde tenga que cumplir la comisión de servicios, pero siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso. Lo anterior significa que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada.” Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda- Subsección A, Sentencia de 2 de mayo de 2013. No. de radicación: 1903-11. En silimilar sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Sentencia de 25 de septiembre de 2008. Expediente 2573-07,

19 “Remisión de normas de administración y control. Las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las Leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”.

20 En Sentencia de 26 de marzo de 2009, No. de radicación: 0422-01 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se señaló: “En consecuencia, contrario a lo que considera el demandante, estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, “las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor”

21 Este artículo fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-992/01.

22 En el derecho positivo colombiano es común la distinción entre el concepto de fiscalización y cobro; por ejemplo, el artículo 113 de la Ley 6 de 1992 distingue respecto de las competencias de la Caja de Compensación Familiar entre fiscalización y cobro: “Los procesos de fiscalización y cobro sobre el cumplimiento correcto y oportuno de los aportes...a las Cajas de Compensación Familiar, deberán ser adelantados por cada una de estas entidades”.

23 La misma Ley 633 de 2000 advierte los alcances de la facultad de control, dentro de los que no se puede comprender el cobro. En efecto, se establece en el artículo 99 de esta: “En todo caso, en ejercicio de las tareas de control, las entidades administradoras podrán verificar la exactitud y consistencia de la información contenida en las declaraciones de autoliquidación de aportes al Sistema que hayan recibido; solicitar de los aportantes, afiliados o beneficiarios la información que estimen conveniente para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones para con el Sistema, al igual que solicitar de aquéllos y éstos las explicaciones sobre las inconsistencias en la información relativa a sus aportes a los distintos riesgos que haya sido detectada a través del Registro Unico de Aportantes a que alude el inciso final del presente artículo. En ningún caso las entidades administradoras podrán modificar unilateralmente tales declaraciones, salvo que se trate de simples errores aritméticos o del período de cotización en salud.

Agotada la etapa persuasiva de control a que alude el inciso anterior sin que el aportante acepte corregir la situación anómala detectada por la administradora, ésta deberá dar traslado de las actuaciones surtidas a la entidad que resulte competente para conocer de las mismas, según el riesgo de que se trate. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, dicha competencia recaerá en la Superintendencia Nacional de Salud. En los casos que correspondan al Sistema de Seguridad Social en Pensiones o Riesgos Profesionales, será competente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

24 Modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El texto vigente es el siguiente: “La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de: 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente. 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea. 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores. 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.”

25 Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil: Concepto de 2 de diciembre de 2015, Radicación número: 2267.

26 A esta misma conclusión ha arribado la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala Contencioco Administrativa del Consejo de Estado: “Hoy día en este procedimiento no hay termino habilitado para iniciar dicha acción de cobro, quedando el tema de la caducidad regulado en el art 817 de E.T., norma que refiere en particular al término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, mas no al de las obligaciones parafiscales. Es decir, que el Estatuto Tributario a más de señalar la caducidad de la acción bajo la nominación de prescripción, por inactividad del titular en término perentorio de cinco años respecto del cobro de deudas fiscales, no hace alusión respecto de las obligaciones cuyo contenido es un recurso parafiscal. Para estos, se concluye que el proceso de cobro puede ser iniciado dentro del término general de prescripción señalado en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible”. Sentencia del 22 de agosto de 2013, No. de radicación: 0349-12.

Fecha y hora de creación: 2025-01-02 23:04:46