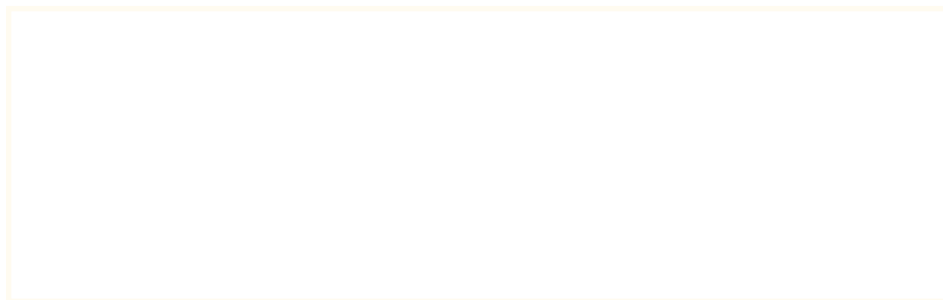


Bogotá, D.C.



Asunto: Carácter vinculante de precedente jurisprudencial diferente a sentencias de unificación para autoridades administrativas

Respetado Señor Chingual:

De conformidad con la petición radicada en esta entidad, en la cual reitera plantear consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en relación con la aplicación de precedente judicial diferente a sentencias de unificación por las autoridades administrativas, damos respuesta en los siguientes términos a los dos primeros interrogantes planteados por usted, los cuales se transcriben en su literalidad:

- A. ¿Constituye precedente judicial vinculante para todos los servidores públicos, tanto judiciales como administrativos, los fallos reiterados de sección del H. Consejo de Estado, aun en los casos en que no se trate de sentencias de Unificación? ¿Pueden las autoridades administrativas separarse o desconocer el precedente judicial de las secciones del H. Consejo de Estado?
- B. ¿Constituyen precedente judicial imperativo para las autoridades administrativas y aún para los particulares el contenido de las sentencias (sic) (i) el 22 de febrero de 2018 con Radicación 25000 23 37 000 2014 00994 01(22536); (ii) el 19 de abril del mismo año, con Radicación; 25000-23-37-000-2013-00626-01 Acumulado 11001-33-37-039-2013-00103-00 (22939) y (iii) la sentencia del 25 de abril de 2018, con radicado 25000-23-37-000-2014-00015-01)22940) todas proferidas por la sección cuarta del H. Consejo de Estado?

Esta oficina considera que el interrogante planteado en el literal (b) de la consulta, se encuentra subsumido dentro de lo consultado en el literal (a), por cuanto al ser las referidas sentencias precedente judicial¹, consideramos que corren la misma suerte de la respuesta que pueda ser otorgada al literal (a). De igual forma es necesario resaltar que a dicho interrogante, se dio respuesta en

¹ En sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional al definir el precedente judicial manifestó: "(...) esta Corporación ha definido el precedente judicial como "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo". Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares."

comunicación remitida por esta oficina a CEDENAR S.A. E.S.P., el 9 de septiembre de 2019, por lo que respondemos en el mismo sentido.

Como lo señaló esta oficina en la comunicación referida, a nuestra consideración y en lineamiento a lo expresado por las altas cortes, el precedente judicial deberá ser tenido en cuenta por el juez al momento de adoptar una decisión de similares hechos o circunstancias. No se puede olvidar que el fin mismo de tal figura jurídica, es otorgar confianza de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico a través de las decisiones judiciales. Como se citó en jurisprudencia referenciada en la comunicación a ustedes remitida en el mes de septiembre de 2019, el precedente judicial *“no solo hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos sino también materializa la igualdad en la aplicación del derecho.”*²

Ahora bien, en relación con la fuerza vinculante para una autoridad administrativa del precedente judicial, es necesario precisar que esta oficina en concepto emitido en septiembre de 2019, no indicó que la administración pudiera desconocer tal precedente en caso de que este no fuera de una sentencia de unificación. La afirmación hecha por esta oficina es que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011³, la administración debe decidir teniendo en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Es de precisar que como usted lo señala, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en jurisprudencia citada en su comunicación, han indicado que la administración al momento de adoptar decisiones de su competencia o responder solicitudes de conciliación, deben hacerlo considerando lo que en casos similares puedan haber decidido las altas cortes. En efecto, el precedente judicial otorga al administrado una confianza legítima⁴ sobre la forma en que ha de aplicarse el ordenamiento jurídico en casos similares, por lo que inicialmente y a nuestra consideración, la administración no debería apartarse de los precedentes judiciales.

No obstante lo anterior, si la administración considera que debe apartarse de decisiones adoptadas en sentencias proferidas por órganos de cierre, deberá justificar tal distanciamiento en razones serias y fundadas que la llevan a adoptar una postura diferente, por cuanto de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, un servidor público podría incurrir en un prevaricato⁵ al

² Corte Constitucional. Sentencia T-109 de 13 de marzo de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Ley 1437 de 2011. “Artículo 10. *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

⁴ Consejo de Estado. Sentencia 0031 de 29 de enero de 2019. Radicación: 11001032800020180003100(SU) C.P. Rocío Araújo Oñate “*Teniendo en cuenta que el precedente es obligatorio porque proviene de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional y su propósito es salvaguardar los principios de igualdad, seguridad y certeza jurídicas, así como la coherencia del ordenamiento, cuando la autoridad judicial opta por modificar la interpretación de las normas que venía prohibiendo, debe asegurarse de no sorprender al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura.*”

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. “*Existen casos en los cuales un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del*

desconocer las decisiones de las altas cortes, porque al apartarse de ellas podría cometer una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

Por otro lado, en cuanto a su tercera pregunta también debemos remitirnos a nuestra respuesta del 9 de septiembre de 2019. En su tercera pregunta usted solicita que se pregunte al Consejo de Estado si:

- C. ¿El “*obiter dictum*” de la sentencia anotada solo es aplicable a ECOPETROL o por el contrario le es aplicable a todas las entidades y empresas a las que, en virtud de su régimen jurídico especial, no les resulte aplicable el artículo 32 de la Ley 80 de 1993?

Como se indicó en la respuesta otorgada el 9 de septiembre de 2019, reiterando lo allí señalado, esta oficina considera que los denominados *obiter dicta*, como en diferente jurisprudencia lo ha indicado la Corte Constitucional, refieren a consideraciones del fallador de un determinado caso, pero que no son finalmente la base estructural de la decisión final, como si lo es la *ratio decidendi*. Por ello, es solo esta última la que eventualmente podría ser un elemento para establecer un precedente judicial, independientemente de las partes del proceso al que se pone fin. Tal precedente judicial es el que, a nuestra consideración y de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia, no podría ser desconocido por las autoridades administrativas y judiciales. En relación con los *obiter dicta*, el Consejo de Estado ha señalado que los mismos son criterios auxiliares del aparato judicial de acuerdo a lo señalado en el artículo 230 de la Constitución Política⁶ y ha indicado sobre lo mismo un carácter meramente persuasivo al señalar:

(...) los llamados *obiter dicta* o dichos de paso, que refieren a pasajes o argumentos de una providencia que carecen de esa conexión directa con el sentido del fallo; bien pueden ser erudiciones o expresiones teóricas que tienen vinculación mediata, lejana o cuanto menos accidental con lo resuelto, de manera que su presencia o ausencia en el proveído deviene en irrelevante para la justificación o comprensión del caso. De estos pasajes sí puede predicarse una fuerza apenas persuasiva. (Negrilla fuera de texto)⁷

En sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional en relación con la parte vinculante de una sentencia de constitucionalidad, indicó que si bien pueden tenerse como componentes básicos de un fallo a la *ratio decidendi*, los *obiter dicta* y el *decisum*, solo puede predicarse carácter vinculante de la decisión y de aquellas razones que motivaron tal.⁸ Igualmente recordó lo que había señalado en sentencia 836 de 2001, señalando:

derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.”

⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de julio de 2019, Radicación 18001233100020050014201(50843) C.P. Ramiro Pazos Guerrero

⁷ Consejo de Estado. Sentencia de 2 de mayo de 2018, Radicación 19001233100020070040701(40265). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C.836 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

(x) En relación con el tema acerca de qué partes de las sentencias tienen fuerza normativa, la Corte (i) reiteró la distinción entre las consideraciones *obiter dicta* y las ratio decidendi que constituyen los fundamentos jurídicos necesarios y suficientes, relacionados directa e inescindiblemente con la decisión sobre un determinado punto de derecho; y (ii) concluyó que sólo estas últimas consideraciones resultan criterio obligatorio, mientras que los *obiter dicta* constituyen criterio auxiliar de la actividad judicial, de conformidad con el artículo 230 Superior.⁹

Si bien lo anterior refiere a sentencias de constitucionalidad, valga resaltar aquí lo indicado en Aclaración de Voto de la sentencia C-836 de 2001, en el cual se indicó:

Sin duda, el tema del precedente, en particular la cuestión de su noción y el problema de su fuerza vinculante, se extiende del campo del derecho constitucional a las demás ramas del derecho y cubre no sólo a la jurisdicción constitucional sino también a la jurisdicción ordinaria, y aunque se trata de un asunto que tiene especificidades en cada una de las ramas del derecho, no le correspondía a la Corte Constitucional pronunciarse en esta oportunidad sobre ellas, sino sentar un común denominador mínimo aplicable en todas las ramas del saber jurídico.¹⁰

Así entonces, esta oficina manifiesta una vez más que en la interpretación que ella hace de la jurisprudencia, sin restarle importancia a cada parte que integra una sentencia, los *obiter dicta* al ser simples consideraciones del fallador y no precisamente la razón que al final sustenta la decisión, no habría por qué pretender hacer extensivos sus efectos a casos similares al que se está fallando en determinada sentencia.

Finalmente, procedemos a pronunciarnos sobre su última pregunta:

- D. ¿Deben las empresas como CEDENAR SA ESP retener unilateralmente a sus contratistas la contribución a que hace referencia el artículo 6° de la Ley 1106, en contratos que no se rigen por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993?

Es importante señalar que este Ministerio no está facultado para referirse a los elementos de un tributo, por estar esto reservado exclusivamente al legislador, por lo cual consideramos que tampoco podría referirse o establecer un sujeto o ente recaudador de determinado tributo.

No obstante, y dicho lo anterior, esta oficina considera que el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 que modificó la Ley 782 de 2002, y el cual creó la contribución objeto de este escrito, no estableció de manera taxativa que serían los contratos de obra pública del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sobre los que se generaría el tributo. En lectura de esta oficina, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, estableció que la contribución debía pagarse por aquellos contratos de obra pública, por lo

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C.539 de 6 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁰ Corte Constitucional, aclaración de voto de la sentencia C.836 de 9 de agosto de 2001, presentada por los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

que a interpretación de esta oficina, resultaría necesario remitirse a la definición que de estos hace el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Es necesario indicar que, en el entender de esta oficina, el artículo 32 del Estatuto de Contratación, no establece un régimen a aplicar a determinados contratos, sino que define algunos negocios jurídicos que pueden tenerse como contratos estatales, pero no se puede desconocer que la misma norma en su inciso primero señala que la lista allí indicada es meramente enunciativa¹¹ y que serán contratos estatales aquellos celebrados por las entidades a los que se refiere la Ley 80 de 1993, la cual define a una entidad estatal como:

1. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Lo anterior para indicar que, en el entender de esta oficina, toda entidad que se considere como estatal y celebre contratos, debe establecer si el objeto de los mismos se enmarca dentro de lo definido en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, independientemente del régimen jurídico que le sea aplicable al contrato suscrito, es decir, se rija o no por el estatuto de contratación estatal. De establecerse que en efecto el objeto del contrato celebrado es para desarrollar algún trabajo material sobre bien inmueble, entiende esta oficina que el contratista con quien se suscribe tal contrato, sería el sujeto pasivo de la contribución, contribución que deberá ser recaudada por la entidad estatal contratante.

Se debe recordar que, como lo ha reiterado en diferente jurisprudencia el Consejo de Estado, no es el régimen jurídico aplicable a un contrato el que define si el mismo se encuentra o no grabado con la contribución de contrato de obra, si no la presencia tanto del elemento objetivo, en relación con la celebración de contratos de obra, y un elemento subjetivo en relación con la calidad de entidad pública de aquella entidad que contrate el servicio, criterio este que fue reiterado recientemente en sentencia de febrero de 2020, a la que nos referiremos posteriormente.

Ahora bien, consideramos importante manifestar que el Ministerio de Minas y Energía no puede entrar a resolver situaciones particulares a través de conceptos, los cuales no constituyen un acto administrativo o una providencia

¹¹ Ley 80 de 1993. Artículo 1: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...):

judicial. En consecuencia, cualquier concepto que emita es sobre su buen saber o entender, carece de fuerza jurídica vinculante y no puede ser tenido en cuenta para adoptar decisiones que pongan fin a trámites administrativos.

De la Consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En relación con su reiterada petición de elevar consulta al Consejo de Estado, este despacho considera que, con las respuestas otorgadas tanto en la comunicación de 9 de septiembre de 2019 como con lo aquí indicado, no existe una duda razonable por parte de esta entidad, que pueda generar la necesidad de proceder con la consulta por usted solicitada. Es de resaltar que el hecho que conllevó a presentar las solicitudes, esto es, la contribución de obra de la que habla el artículo 37 de la Ley 782 de 2002, es un tema que fue abordado y decidido por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del pasado 25 de febrero, con radicación: 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473), fallo que a interpretación de este Ministerio, dilucida los interrogantes por usted planteados en las comunicaciones radicadas en esta oficina.

De la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de febrero de 2020 (2500-23-37-000-2014-00721-01) M.P. William Hernández Gómez

Este Ministerio considera importante hacer referencia al reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, en relación con el pago de la contribución establecida en el artículo 120 de la Ley 418 de 1997, modificado por la Ley 1106 de 2006.

El pasado 25 de febrero, el Consejo de Estado fue claro al indicar que, con el fin de unificar jurisprudencia, el criterio adoptado por la Sala Plena en relación con la contribución especial por contratos de obra, es aquel en el que *“[e]l hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública se realiza sobre los contratos de obra que se celebren con entidades de derecho público, independientemente de su régimen contractual.”*

Indica la referida sentencia que el suscribir contratos de obra pública constituye el elemento objetivo del hecho generador del tributo, y que su elemento subjetivo es que tales contratos sean suscritos con entidades de derecho público. Es claro el fallo en indicar que la ley no tomó en cuenta el régimen contractual de las entidades celebrantes para constituirlo como hecho generador del tributo. Señala la sentencia:

Por lo anterior, no es el régimen contractual de la entidad de derecho público, el elemento o factor relevante para la causación de la contribución de obra pública. Lo es, que una de las partes sea una entidad de derecho público y que el objeto del contrato sea una de las actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

(...)

En consecuencia, se configura el hecho generador del tributo, cuando se celebra el contrato de obra, con cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen contractual – Ley 80 o exceptuado-.

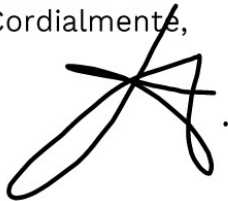
(...)

En conclusión, **para efectos del tributo analizado**, debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en cada caso en concreto, corresponderá al juez definir si se configura el contrato de obra pública, atendiendo aspectos tales como, el objeto, las cláusulas contractuales, y las reglas de interpretación de los contratos.

Con lo anterior, en la interpretación que este despacho hace de la norma y la reciente jurisprudencia, que valga resaltar es de unificación y por ende constituye precedente jurisprudencial a tener en cuenta tanto por la administración y los órganos judiciales al momento de adoptar sus decisiones, la contribución de la que habla el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, debe ser recaudada por aquella entidad de derecho público que celebre contratos de obra, con independencia del régimen contractual bajo los cuales sean celebrados tales contratos, y debe ser pagada por aquel que ostente la calidad de contratista.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto se emite conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, en el marco de la situación planteada, para los fines expresamente consultados y se formula exclusivamente a la luz de las normas que a nuestro mejor saber y entender se encuentran vigentes en la materia a la fecha del presente documento. No admite, por lo tanto, suposiciones o interpretaciones análogas sobre situaciones de hecho que se le parezcan.

Cordialmente,



LUCAS ARBOLEDA HENAO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Laura Camila Sepúlveda Martín / Abogada OAJ
Revisó: Paola Galeano Echeverri / Coordinador Grupo Energía OAJ
Aprobó: Lucas Arboleda Henao.

TRD: N/A

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.

Página 7 de 7