



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicado: 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016)

Acumulados:

11001-03-25-000-2016-00025-00 (0052-2016)
11001-03-25-000-2016-00048-00 (0156-2016)
11001-03-25-000-2016-00064-00 (0271-2016)
11001-03-25-000-2016-00052-00 (0184-2016)
11001-03-25-000-2016-00047-00 (0155-2016)
11001-03-25-000-2016-00026-00 (0053-2016)
11001-03-24-000-2016-00002-01 (0310-2016)

Actor: ANDRÉS DE ZUBIRIA SAMPER y otros.

Demandados: NACIÓN-MINISTERIO DEL TRABAJO y otros.

Asunto: Nulidad del Decreto 2552 de 2015 que fijó el salario mínimo legal para el año 2016.

La Sección Segunda del Consejo de Estado procede a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad simple promovido por los señores: 1) ANDRÉS DE ZUBIRIA SAMPER (2) JULIO ROBERTO GÓMEZ ESGUERRA, Presidente de la Confederación General del Trabajo -CGT-; MIRYAM LUZ TRIANA ÁLVIS, Secretaria de la CGT, JHON JAIRO DÍAZ, Presidente de la Confederación Democrática de Pensionados -CDP-; (3) LUIS ALEJANDRO PEDRAZA BECERRA y FABIO ARIAS GIRALDO, Presidente y Secretario General de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia -CUT- (4) CRISTIAN STERLING QUIJANO LASSO, obrando en nombre propio; (5) LUIS

MIGUEL MORANTES ALFONSO, Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia –CTC-, (6) la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, representada por el doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO; (7) ANA ISABEL RUBIANO SANTANA; y (8) MARCO FIDEL RAMIREZ, quienes obran en nombre propio, contra la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DEL TRABAJO.

I. LAS DEMANDAS

1.- Pretensiones

Los demandantes en ejercicio del medio de control de simple nulidad consagrado en el artículo 137 del CPACA, solicitaron la nulidad del Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015, expedido por el Gobierno Nacional «*Por el cual se fija el salario mínimo legal*» para el año 2016.

2.- Hechos

El 30 de diciembre de 2015, el Gobierno Nacional en virtud de la facultad residual conferida por el inciso 2 del párrafo del artículo 8 de la Ley 278 de 1996, profirió el Decreto 2552 de ese año mediante el cual se fijó el salario mínimo legal mensual para el año 2016.

Aducen los distintos actores que según cifras del DANE contenidas en el Boletín expedido el 5 de enero de 2016, el índice de inflación correspondiente al año 2015 ascendió al 6,67%, lo cual permite concluir que si bien se decretó un incremento del salario mínimo en un 7%, la inflación para los estratos 1, 2 y 3 llegó a un 7.26% y en algunas ciudades capitales alcanzó los 9 puntos porcentuales, motivo por el cual el incremento en mención comporta una pérdida del poder adquisitivo del salario mínimo.

3.- Disposiciones violadas y concepto de violación

Se invocó en las demandas la violación del preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 42, 48, 53, 93, 94, 121, 123, 230, 241, 333 y 334 de la Constitución Política; del literal d) del artículo 2; del artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y el desconocimiento de la sentencia C-815/99, proferida por la Corte Constitucional el 20 de octubre de 1999, Magistrado ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

Las demandas coinciden en señalar que al proferir el Decreto acusado el Gobierno nacional no tuvo en cuenta el índice de inflación (IPC) del año 2015 ni los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia antes aludida, mediante la cual declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 8º de la Ley 278 del 30 de abril de 1996.

La Procuraduría General de la Nación, por su parte, considera que el reajuste realizado no respetó el principio de progresividad ni el carácter vital y móvil de la remuneración salarial, toda vez que el IPC acumulado para las personas comprendidas dentro del nivel de bajos ingresos fue del 7,26% y el reajuste salarial decretado fue tan sólo del 7%, lo cual significa que el costo de vida para las personas de bajos ingresos subió en un 0,26% por encima del incremento decretado.

Alega igualmente que el decreto demandado vulnera el artículo 42 de la Constitución Política, pues el incremento salarial cuestionado afecta los derechos fundamentales del grupo familiar que depende del trabajador, contrariando con

ello el deber constitucional que tiene el Estado de velar por la protección integral de la familia.

Estima la Procuraduría que se el viola el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.) pues el reajuste decretado es superior a los porcentajes del IPC para los ingresos medios y altos, pero menor que el establecido para los ingresos bajos, haciendo que quienes perciben el salario mínimo asuman una carga que resulta inconstitucional. En apoyo de su argumento manifestó que ha debido tenerse en cuenta la pérdida real del poder adquisitivo de las personas de bajos ingresos y no el IPC general, pues esta última cifra no permite materializar medidas progresivas tendientes a mejorar las condiciones de vida de las personas de bajos ingresos salariales.

Según su criterio, el artículo 48 de la Constitución Política resulta igualmente violado ante la pérdida del poder adquisitivo de los ingresos percibidos por los pensionados y los trabajadores que devengan el salario mínimo, lo cual les impide solventar sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. En ese orden de ideas, se está generando un desequilibrio social, de suyo contrario a los fines del Estado Social de Derecho.

Aparte de lo expuesto, estima la Procuraduría que toda disminución en los ingresos de la clase trabajadora repercute de manera negativa en el producto interno bruto (PIB), pues la remuneración de los trabajadores representa cerca del 54% del consumo de los hogares, viéndose afectada con ello la función social de la empresa.

Por su parte, el señor Cristian Sterling Quijano Lasso sostiene que el acto administrativo demandado se encuentra falsamente motivado, toda vez que en ninguno de sus apartes se valoran y

precisan los factores a que alude la parte resolutive de la Sentencia C-815 de 1999 proferida por la Corte Constitucional. Al respecto, la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) complementó este cargo al asegurar que es evidente la falsa motivación del decreto, pues a pesar de haberse citado los artículos 25, 333 y 334 de la Constitución, no se tuvo en cuenta que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado y que los Convenios Internacionales del Trabajo que lo garantizan, hacen parte de la legislación interna.

Los actores Luis Alejandro Pedraza y Fabio Arias Giraldo, afirmaron que el acto demandado quebrantó los fines del Estado Social de Derecho, pues con la pérdida del poder adquisitivo del salario mínimo de los trabajadores y la disminución de la participación de los salarios en la renta nacional, se está privilegiando a otros actores económicos que devengan ingresos superiores a los de la clase trabajadora, la cual se ve obligada a adaptarse a condiciones precarias por debajo de la línea de subsistencia.

Con respecto al cálculo de la productividad, alegan que mientras el Gobierno considera que ésta tuvo un crecimiento negativo del 0,5%, en realidad tuvo un incremento positivo del 0,9%, lo que equivale a decir que hay una diferencia de 1.4 puntos porcentuales que le quitaron al aumento del salario mínimo. En ese mismo contexto, pusieron de presente que el capital por sí mismo no es productivo si no está mediado por el trabajo humano.

Del mismo modo afirmaron que el Gobierno Nacional soslayó la aplicación del principio *in dubio pro operario*, al no tener en cuenta los presupuestos establecidos en la sentencia C-815 de 1999 para la fijación del salario mínimo.

II.- LA CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

1.- La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público transcribió los argumentos de defensa que le suministró la Dirección General de Política Macroeconómica de esa cartera, dado el alto componente técnico que es inherente al debate procesal.

En ese orden de ideas, señaló que de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996, al frustrarse la posibilidad de que la Comisión tripartita llegara a un consenso en la fijación del incremento del salario mínimo, el Gobierno Nacional procedió a determinarlo por medio del Decreto 2552 de 2015, teniendo en cuenta la meta de inflación para el año siguiente que fije el Banco de la República, la productividad acordada por el Comité tripartita que coordina el Ministerio del Trabajo, la contribución de los salarios al ingreso de la Nación y el incremento del Producto Interno Bruto (PIB). De acuerdo con lo anterior, al decretar el incremento del salario mínimo en un 7,0%, tomó en consideración lo siguiente:

- a. Que la meta de inflación fijada por el Banco de la República es de 3% (+/- 1 punto porcentual) para el año 2016.
- b. Que la Productividad Total de los Factores (PTF), calculada por el Departamento Nacional de Planeación (DPN), para el año 2015 fue negativa, igual a -0,5%, y que la contribución de los salarios al ingreso nacional se encuentra incorporada en la estimación de la productividad, y

¹ Folios 31 a 34 del expediente 0034-2016. Folios 48 a 51 del expediente 0053-2016.

- c. Que de acuerdo con los datos de inflación causada publicados por el DANE, la variación anual del IPC de la economía para el año 2015 fue 6,77%.

Por tal razón, aseguró que el incremento del salario respondió principalmente a la variación anual de la inflación del año anterior, lo que permite conservar el poder adquisitivo de las personas.

Destacó igualmente que los incrementos del salario mínimo a lo largo de los últimos años han cumplido con este fin, sin que en ninguno de los casos el criterio de decisión fuera la inflación por regiones y/o por nivel socioeconómico.

Expresó además que “algunas características del salario mínimo en los últimos años muestran que dicha variable representa una alta proporción del salario medio, lo cual se ha reflejado en un alto nivel de incumplimiento del salario mínimo, con lo cual un amplio conjunto de los trabajadores, cerca del 60%, gana menos de un salario mínimo al mes. De tal forma, que cualquier modificación a los criterios utilizados para la determinación del salario mínimo tendría efectos importantes y negativos sobre el mercado laboral, especialmente para la población más vulnerable al desempleo, con mayores barreras para la formalización laboral.”

Añadió a lo expuesto que, si bien en la fijación del salario mínimo se tuvo en cuenta la productividad total de los factores (-0,5%), al final ésta no afectó la determinación salarial, teniendo en cuenta que habría reducido el porcentaje de aumento.

Por otra parte, resaltó que la reciente coyuntura mundial producto de la reducción de los precios del petróleo, cercana al 70%, provocó una afectación a las cuentas fiscales de la Nación y puso de manifiesto que entre los años 2013 y 2016, la renta del Gobierno por concepto de ingresos tributarios de la industria petrolera y por concepto de dividendos de Ecopetrol tuvo una disminución cercana a los 23 billones de pesos correspondiente al 3,2% del PIB, lo que representa una disminución del 20% en los ingresos de la Nación a 2013.

Destacó asimismo que la devaluación del peso repercutió en un incremento en el pago de intereses equivalente al 0,7% del PIB, circunstancia que ha llevado al Gobierno Nacional a ejecutar un ajuste de sus cuentas fiscales, equivalente a un 3,9% del PIB y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a tomar medidas para compensar dicho detrimento en las finanzas públicas.

En ese estado de cosas, alegó que el incremento del salario mínimo de 7,0% es una decisión fiscalmente responsable.

Por último, aseveró que el aumento salarial que ahora se cuestiona, garantizó el poder adquisitivo de los salarios y fue coherente con el ciclo económico, la productividad y los demás criterios planteados inicialmente en la sentencia C-815 de 1999 de la Corte Constitucional, para alcanzar el objetivo de asegurar una mayor formalización laboral y la reducción del desempleo.

2.- La Nación-Ministerio del Trabajo

La apoderada del Ministerio del Trabajo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y luego de hacer un recuento sobre las normas y la jurisprudencia

aplicables a la fijación del salario mínimo por parte del Gobierno Nacional, resaltó que en las sesiones de la Comisión Permanente de Políticas Laborales y Salariales realizadas durante los días 7, 10, 11 y 15 de diciembre de 2015, se analizaron todos los parámetros, criterios y/o factores determinantes para la fijación del salario mínimo (el Producto Interno Bruto, el Indicador del Nivel de Precios de la Economía, la Variación de la Productividad Laboral y la contribución del salario al ingreso nacional).

Al frustrarse el consenso en el seno de la comisión tripartita, el Gobierno expidió el acto acusado con arreglo a los presupuestos legales y jurisprudenciales que regulan dicha facultad, garantizando el mínimo vital y móvil de los trabajadores y la conservación del poder adquisitivo de los trabajadores.

Frente al argumento de que el incremento fijado para el año 2016 estuvo por debajo de la inflación para ingresos bajos, que fue el 7,26%, aclaró que dicha conclusión desconoce las disposiciones contenidas en el artículo 8º de la Ley 278 y los factores fijados por la sentencia C-815 de 1999 para determinar el incremento del salario mínimo, entre los que se encuentra el porcentaje del IPC del año que finaliza, por lo que no es dable tener en cuenta la variación de uno de sus componentes para un sector de la economía en particular, pues ninguna norma dispone que el salario mínimo en Colombia deba calcularse de acuerdo con las variaciones del nivel de precios de la economía para quienes perciben ingresos bajos, o las variaciones que se hayan presentado por regiones o por ciudades, pues es único para todo el país y para todas las actividades productivas. Por otra parte, el apoderado del Ministerio resaltó:

[...] el IPC para ingresos bajos, jamás ha sido un parámetro que ha determinado el monto de la asignación mínimo (?) y que no es esta la primera vez en que dicho factor ha sido mayor que el promedio anual del IPC, tal como se puede verificar entre otros, en el año 2001, en el que el promedio del IPC fue del 8,75%; el IPC para ingresos bajos fue del 8,96% y finalmente el incremento salarial fue del 10%.

Ahora bien, en el año 2009, el índice promedio fue del 7,67% y el de ingresos bajos de 1,9% y finalmente el salario se incrementó en un 7,7%, situación que permite determinar que no se ha tenido en cuenta en ningún momento el IPC para ingresos bajos a fin de fijar el salario mínimo, de ser ello así, se tendría, por ejemplo que el incremento salarial para el año 2009, haya sido mucho menor que el decretado, por lo que se colige que una interpretación como la que se plantea no siempre se torna la más beneficiosa a los trabajadores que devengan el salario mínimo. [...] ²

En síntesis, el Ministerio solicita desestimar las pretensiones pues la parte demandante no logró demostrar que el acto acusado haya infringido las normas en que debía fundarse, que haya sido expedido sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de defensa o con falsa motivación.

Invocó además la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en la acción de cumplimiento radicada bajo el número 17001233300020160008100 y el fallo de tutela emitido por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional del Judicatura de Nariño, en las cuales se absolvió al Ministerio del Trabajo de las pretensiones propuestas bajo argumentos similares a los expuestos en el presente proceso.

Finalmente destacó que una eventual declaratoria de nulidad del decreto afectaría todas las operaciones de la economía nacional tanto del sector público como en el privado que

² Reverso folio 43 del expediente.

hayan tenido como sustento o parámetro de fijación el valor del salario mínimo contemplado para el año 2016.

3.- Terceros intervinientes

A pesar de haber sido vinculados al proceso todos los gremios económicos que intervienen en la negociación del salario mínimo, solamente contestó la demanda la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), en el sentido de coadyuvar la legalidad del acto demandado y de solicitar la denegación de las pretensiones, alegando entre otras razones las siguientes:

(i) Que el IPC a tener en cuenta para la fijación del salario mínimo es el total ponderado, el cual refleja en su debida proporción el peso que tiene el estrato de ingresos bajos en el total de los colombianos y no el que atiende a un determinado aspecto económico, como es el estrato de ingresos bajos;

(ii) Que el Gobierno Nacional actuó dentro de los límites de su competencia y de forma lógica y razonada, con base en la información cierta que tenía disponible; y

(iii) Que en la expedición del Decreto 2552 de 2015 el Gobierno atendió a los postulados de la Sentencia C-815 de 1999.

III.- DEL TRÁMITE PROCESAL

1.- Del trámite previo de las demandas que fueron objeto de acumulación

A continuación, la Sala realizará un recuento de las actuaciones procesales surtidas en los plenarios identificados con los números internos 0052-2016, 0053-2016, 0155-2016, 0156-2016, 0184-2016, 0271-2016 y 0310-2016, para luego centrarse en el trámite del proceso 0034-2016, comoquiera que este constituye el cuaderno principal del proceso al cual fueron acumulados los demás.

1.1.- El 13 de enero de 2016, los señores JULIO ROBERTO GÓMEZ ESGUERRA, MIRIAM LUZ TRIANA ÁLVIS y JHON JAIRO DÍAZ, quienes indicaron actuar en calidad de presidente y secretaria general de la Confederación General del Trabajo (CGT) y presidente de la Confederación Democrática de Pensionados (CDP), presentaron demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el Decreto 2552 de 2015, a la cual le fue asignado núm. interno 0052-2016.

El 14 de enero de 2016, el proceso fue repartido al despacho del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE.

Por auto de 1 de febrero de 2016, el proceso fue remitido al despacho del Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, para estudio de acumulación y fue recibido el 16 de febrero de 2016.

1.2.- El 13 de enero de 2016, la señora ANA ISABEL RUBIANO SANTANA, actuando en nombre propio, presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el precitado decreto, a la cual le fue asignado el radicado núm. Interno 0053-2016.

El 14 de enero de 2016, el proceso fue asignado al consejero GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ y pasó al despacho el día 20 de enero de 2016. Mediante auto del 15 de febrero de 2016 se profirió auto admitió la demanda como de simple nulidad.

Posteriormente, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, por conducto de sus respectivos apoderados judiciales, contestaron la demanda a través de memoriales radicados en la Secretaría de la Sección Segunda de esta corporación los días 5 de abril y 27 de mayo de 2016. El 2 de junio de 2016, esta Secretaría corrió traslado de las excepciones presentadas por la apoderada del Ministerio del Trabajo.

1.3.- El 20 de enero de 2016, el doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, en su calidad de Procurador General de la Nación, presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el decreto en cuestión, a la que le fue asignado el núm. interno 0155-2016. Por reparto del 21 de enero del mismo año correspondió al despacho del doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Por auto de 5 de febrero de 2016 el proceso fue remitido al despacho del doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ quien recibió en su despacho el expediente el 1 de marzo de 2016 a fin de analizar si se daban los presupuestos de ley para decretar la acumulación de procesos.

1.4.- El 21 de enero de 2016, LUIS ALEJANDRO PEDRAZA y FABIO ARIAS GIRALDO, en su calidad de Presidente y Secretario General de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT), respectivamente, presentaron demanda de nulidad por inconstitucionalidad con solicitud de suspensión provisional del Decreto 2552 de 2015, a la cual le fue asignado el núm. Interno 0156-2016.

Ese mismo día el proceso fue repartido al despacho de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; quien mediante auto

de 11 de febrero de 2016 el proceso ordenó la remisión inmediata del proceso al despacho del doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ para estudio de acumulación. El mencionado proceso llegó al despacho del consejero ponente el 1 de marzo de 2016.

1.5.- El 25 de enero de 2016 el señor LUIS MIGUEL MORANTES ALFONSO, quien dijo actuar en nombre propio y en representación de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad cuyo estudio le fue asignado al despacho del doctor LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO bajo el radicado núm. interno 0184-2016, quien por auto del 8 de febrero de 2016 remitió el proceso al despacho del doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ para determinar si era dable acumularlo. El mencionado proceso llegó al despacho del consejero ponente el 19 de febrero de 2016.

1.6.- El 26 de enero de 2016, el señor CRISTIAN STERLING LASSO, actuando en nombre propio, presentó demanda de simple nulidad contra el precitado decreto, a la cual le fue asignado el radicado núm. Interno 0271-2016.

El 1 de febrero de 2016 el proceso fue repartido al despacho del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, pasó al despacho el día 3 de febrero de 2016 y por auto de 9 de febrero de 2016 fue remitido al despacho del doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ para estudiar si era procedente acumularlo. Este último recibió el expediente en su despacho el 23 de febrero de 2016.

1.7.- El 12 de enero de 2016 el señor MARCO FIDEL RAMÍREZ ANTONIO, actuando en nombre propio, presentó demanda de nulidad por inconstitucionalidad con suspensión provisional

contra el Decreto 2552 de 2015 en la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, en donde le fue asignado el radicado 11001-03-24-000-2016-00002-01 y repartido al despacho de la doctora MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

Mediante auto fechado el 20 de enero de 2016 y Oficio núm. 305 del 1 de febrero de 2016, el proceso fue remitido por competencia a la Secretaría de la Sección Segunda de esta corporación.

El 3 de febrero de 2016 el proceso fue repartido al despacho del doctor CARMELO PERDOMO CUÉTER, quien resolvió enviarlo al despacho del consejero GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ para que resolviera sobre su acumulación, proceso llegó al despacho del consejero ponente el 6 de julio de 2016.

1.8.- Por último, el 12 de enero de 2016, el señor ANDRÉS DE ZUBIRÍA SAMPER, en nombre propio, presentó demanda de simple nulidad con solicitud de medida cautelar contra el Decreto 2552 de 2015, «por el cual se fija el salario mínimo legal». Ese mismo día, por reparto, el proceso correspondió al despacho del doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ quien mediante autos separados calendados el 15 de febrero de 2016, (i) admitió la demanda; (ii) negó la medida cautelar de urgencia y, (iii) corrió traslado por el término de cinco (5) días a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, para que se pronunciaran sobre dicha solicitud.

Mediante memoriales de 10 de marzo de 2016, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y del Trabajo, por conducto de sus respectivos apoderados judiciales, solicitaron que fuera negada la solicitud de medida cautelar. Por auto de 7 de abril

de 2016, el despacho ponente resolvió negar la solicitud de medida cautelar.

Posteriormente, las mencionadas carteras ministeriales contestaron la demanda a través de memoriales radicados en la Secretaría de la Sección Segunda de esta corporación los días 5 de abril y 27 de mayo de 2016. El 1 de junio de 2016 la Secretaría corrió traslado de las excepciones presentadas por la apoderada del Ministerio del Trabajo.

Por autos del 7 de julio de 2016 el despacho ponente resolvió: (i) decretar la acumulación de las demandas radicadas bajo los números 0034-2016; 0052-2016; 0053-2016; 0155-2016; 0156-2016; 0184-2016; 0271-2016 y 0310-2016 y en consecuencia, admitir las demandas como de simple nulidad y vincular al proceso a la Asociación Colombiana de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Asociación Bancaria y de entidades Financieras de Colombia (ASOBANCARIA), a la Federación Nacional de Comerciantes de Colombia (FENALCO), a la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC), y a la Asociación Colombiana de Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (ACOPI), y (ii) correr traslado por el término de cinco (5) días de las solicitudes de medidas cautelares de los procesos identificados con números internos 0156-2016 y 0310-2016.

Mediante memoriales presentados los días 27 y 29 de julio, y 9 y 10 de agosto de esta anualidad, los Ministerios del Trabajo, y de Hacienda y Crédito Público, FENALCO, ANDI, ASOBANCARIA, SAC y ACOPI, pidieron que fuesen desestimadas las solicitudes de suspensión provisional del acto demandado.

Las solicitudes de suspensión provisional fueron negadas por el despacho ponente mediante auto del 8 de septiembre de 2016.

El día 29 de agosto de 2016, la ANDI, por conducto de su representante legal, presentó memorial por medio del cual contestó la demanda.

Por auto calendado el 26 de septiembre de 2016 se fijó hora y fecha para la realización de la audiencia inicial.

El 28 de septiembre de 2016, la apoderada del Ministerio del Trabajo allegó memoriales por medio de los cuales: (i) formuló incidente de nulidad y (ii) contestó nuevamente la demanda.

La audiencia inicial, la de pruebas y la de alegatos y juzgamiento, tuvieron lugar los días 3, 10 y 24 de octubre de 2016, respectivamente.

El ponente registró el proyecto de fallo el día 7 de diciembre de 2016.

La sala plena de decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sesión realizada el día 7 de diciembre de 2016, discutió el proyecto de sentencia registrado por el ponente, presentándose un empate en la votación del mismo, lo cual determinó el sorteo de un conjuez con el objeto de dirimir la controversia.

Mediante auto del 14 de diciembre de 2016, el ponente ordenó el sorteo del conjuez, con el objeto de dirimir el empate del conjuez.

La designación de la Conjuez tuvo lugar el día 19 de enero de 2016, la cual fue comunicada por la Secretaría de la Sección Segunda el día siguiente.

El ponente registró nuevamente el proyecto de fallo el día 23 de febrero de 2017 y en esa misma fecha, la Sala de decisión de la Sección Segunda continuó con su estudio, contando con la participación de la señora conjuez.

El día 6 de marzo, se registró un nuevo proyecto de sentencia que recoge algunos de los aportes que se hicieron a lo largo del debate, para que fuese sometido a discusión y votación el día 9 del año en curso.

2.- Audiencia inicial

En el curso de la audiencia inicial celebrada el 3 de octubre de 2016, el despacho denegó la solicitud de nulidad impetrada por la apoderada del Ministerio del Trabajo contra el auto que señaló la fecha para la celebración de la mencionada audiencia, al no encontrar violado el derecho de defensa ni el debido proceso, por cuanto su notificación se efectuó de conformidad con los principios de economía procesal y concentración que contempla el artículo 148 del CGP. Además, se encontró que la parte demandada tuvo conocimiento de los distintos procesos que cursaban en su contra incluso antes del decreto de la acumulación, lo que demuestra que la entidad contó con las oportunidades procesales adecuadas para ejercer su derecho de defensa.

Posteriormente y luego de verificar que no existe cosa juzgada respecto al acto acusado, el Consejero Ponente consideró que no era del caso entrar a decidir en ese momento procesal sobre las excepciones propuestas por el Ministerio del Trabajo,

por no tener el carácter de previas o mixtas, sino de argumentos de defensa que serán objeto de análisis en la sentencia.

Además, teniendo en cuenta que las demandas acumuladas se adecuaron al medio de control de nulidad simple, el despacho fijó el litigio en los siguientes términos: « establecer si el Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015 *por el cual se fija el salario mínimo legal* para el año 2016 es violatorio, de normas superiores, esto es, del preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 42, 48, 53, 93, 94, 121, 123, 230, 241, 333, y 334 de la Constitución y de los artículos 2 literal d) y 8 de la Ley 278 de 1996».

Frente a la fijación del litigio mencionada, el demandante CRISTIAN STERLING QUIJANO LASSO aclaró que la violación que él alega se refiere a la obligación dispuesta en el inciso 2 del párrafo del artículo 8 de la Ley 278 de 1996.

En cuanto el decreto y práctica de pruebas, se negó la recepción del testimonio del Secretario Técnico de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales. Además se aceptaron las aportadas por las partes y se decretó de oficio que el Ministerio de Trabajo rindiera, a más tardar el día lunes 10 de octubre de 2016, un informe técnico debidamente sustentado y soportado en el que se explicara en forma pormenorizada cuáles fueron los parámetros que se tuvieron en cuenta y las operaciones matemáticas que se realizaron por parte del Gobierno Nacional para calcular el incremento del salario mínimo para el año 2016, indicando con exactitud la incidencia y el peso específico que tuvo cada uno de los factores a que se refiere el artículo 8 de la Ley 278 de 1996. Adicionalmente se solicitó al Ministerio del Trabajo precisar cuál fue la meta de inflación fijada por el

Banco de la Republica para el año 2016; determinar la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina esa cartera ministerial; especificar la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC); de tal suerte que pudiera conocerse a ciencia cierta cómo se calculó el incremento salarial decretado para el año 2016.

3.- Audiencia de pruebas

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se recaudaron, incorporaron y valoraron las pruebas decretadas en la audiencia inicial, de las cuales se corrió traslado a las partes e intervinientes por un término de 3 días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 276 del Código General del Proceso. Pese a esto y con el fin de agilizar el proceso, tanto CRISTIAN STERLING QUIJANO LASSO (el único de los demandantes que asistió a la audiencia) como la apoderada de la ANDI, renunciaron al plazo concedido.

4.- Audiencia de alegaciones

Las partes y terceros intervinientes expusieron sus argumentos en los siguientes términos:

El demandante, CRISTIAN STERLING QUIJANO LASSO, relató brevemente los supuestos fácticos que dieron origen al proceso y destacó que las entidades demandadas no tuvieron en cuenta los lineamientos establecidos en la sentencia C-815 del 20 de octubre de 1999 de la Corte Constitucional, por lo que alegó que el acto demandado se encuentra falsamente

motivado, en razón a la interpretación errónea de la Ley 278 de 1996.

La apoderada del Ministerio del Trabajo, por su parte, sostuvo que ninguno de los demandantes allegó prueba de la vulneración invocada e insistió en señalar que el Gobierno Nacional cumplió los parámetros establecidos en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y en la sentencia C-815 de 1999 de la Corte Constitucional para la fijación del salario mínimo del año 2016. Añadió a lo anterior que como no existe un criterio jurisprudencial que precise cuál es el IPC (para ingresos bajos, medios o altos) que debe tenerse en cuenta para fijar el mencionado incremento.

Asimismo señaló que el Gobierno conocía la cifra del IPC generado de enero a noviembre del año 2015, el límite de la inflación, y el índice de productividad laboral, sin embargo, respecto al IPC de diciembre de 2015, mencionó que fue producto de una proyección, cifra que resultó superior al IPC real. Con arreglo a tales consideraciones, consideró que el acto acusado se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico e insistió en señalar que declarar nulo el acto acusado le acarrearía graves consecuencias económicas al país.

De modo similar, el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público advirtió que no hay claridad sobre lo mencionado por la parte actora con relación a los factores que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional al momento de expedir el decreto que aumenta el salario mínimo, puesto que no establece la naturaleza de los mismos (económicos, aritméticos, sociales...), y considera que son argumentos subjetivos que no brindan ningún fundamento para las demandas.

Agregó asimismo que el Gobierno Nacional tuvo en cuenta todos los factores requeridos para la fijación del salario mínimo para el año 2016, de ahí que tal incremento mantuvo el poder adquisitivo de los trabajadores, no afectó el mínimo vital de los mismos y ha permitido garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado, razón por la cual considera que no debe accederse a las pretensiones de las demandas.

La apoderada de la ANDI actuando como parte interviniente en el proceso, afirmó que no existe ninguna vulneración de las normas invocadas en las demandas y que los demandantes no allegaron pruebas que demuestren lo contrario.

Posteriormente, aclaró que el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 no fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional y se encuentra en plena vigencia. Agregó que tanto en la sentencia C-815 de 1999 como en la Ley 278 de 1996 se estableció que para determinar el incremento del salario mínimo debe tenerse en cuenta el IPC total, pues fijar tal aumento con base en una sola variante del IPC sería una tarea imposible y generaría inseguridad jurídica. Aunado a lo anterior, concluyó con fundamento en el informe técnico presentado por la Secretaría Técnica de la Comisión, que el salario mínimo decretado para el año 2016 garantiza el mínimo vital y móvil de los trabajadores.

Finalmente, en razón a la complejidad jurídica y sensibilidad política y social de la materia, la Sala se abstuvo de indicar el sentido de la decisión.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como no se observa ninguna irregularidad procesal que invalide lo actuado, procede la Sala de Sección a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- Problema jurídico a resolver

Los demandantes consideran que el Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015 "*por el cual se fija el salario mínimo legal para el año 2016*", es violatorio del preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 42, 48, 53, 93, 94, 121, 123, 230, 241, 333 y 334 de la Constitución Política y de los artículos 2º literal d) y 8 de la Ley 278 de 1996.

No obstante, la Sala encuentra que la parte actora se limitó a enumerar las normas supuestamente violadas sin exponer adecuadamente el concepto de su violación ni demostrar su quebrantamiento, lo que la obliga a desestimar los cargos genéricos de violación de los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 42, 48, 53, 93, 94, 121, 123, 230, 241, 333 y 334 de la Constitución Política.

En consecuencia, el problema jurídico se circunscribirá a determinar si el decreto acusado vulneró el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y las reglas fijadas por la Corte Constitucional en sentencia C-815 de 1999 que declaró la exequibilidad condicionada de ese artículo.

2.- El acto administrativo demandado

El acto administrativo cuya legalidad se cuestiona es del siguiente tenor literal:

Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015, por el cual se fija el salario mínimo legal.

El Presidente de la República de Colombia

En ejercicio de sus atribuciones Constitucionales y legales, en particular las conferidas en el artículo 189 de la Constitución Política y el inciso 2º del parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996 y,

Considerando:

Que el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia establece que: "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la protección especial del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Que los artículos 53, 333 y 334 ibídem señalan que para la fijación del salario mínimo se deberán tener en cuenta la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la función social de la empresa y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado, como principios mínimos fundamentales.

Que el literal d) del artículo 2º de la Ley 278 de 1996, establece que la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales de que trata el artículo 56 de la Constitución Política, tiene la función de: "fijar de manera concertada el salario mínimo de carácter general, teniendo en cuenta que se debe garantizar una calidad de vida digna para el trabajador y su familia".

Que el inciso 2º del párrafo del artículo 8º de la referida Ley expresa que: "Cuando definitivamente no se logre el consenso en la fijación del salario mínimo, para el año inmediatamente siguiente, a más tardar el treinta (30) de diciembre de cada año, el Gobierno lo determinará teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el Comité Tripartito de Productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio del Trabajo); además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del Producto Interno Bruto (PIB) y el índice de Precios al Consumidor (IPC)."

Que la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, convocó durante los días 4, 5 Y 9 de noviembre y el 1, 3 Y 4 de diciembre de 2015, a la Subcomisión de Productividad, de conformidad con el párrafo del artículo 8º la Ley 278 de 1996, con el propósito de definir la metodología y porcentaje productividad en el 2015.

Que la Productividad Total de los Factores para el año 2015 fue estimada por el Departamento Nacional de Planeación -DNP- en -0.5%; en este mismo aspecto, la Central Unitaria de Trabajadores -CUT- en desarrollo de las labores adelantadas por la Subcomisión de Productividad Laboral, calculó dicho indicador en 1%. La

contribución de los salarios al ingreso nacional, se entiende incorporada en la estimación de la productividad.

Que de acuerdo con los datos de inflación causada suministrados por el Departamento Nacional de Estadísticas -DANE-, el nivel de precios de la economía para el período enero – noviembre 2015 fue de 6.11 %.

Respecto de la proyección del IPC para el año 2016, el Banco de la República diseñó una banda que oscila entre 2% y 4% y espera que la meta de inflación al final del periodo sea de 3%, de conformidad con la Ley 31 de 1992. Sin embargo, expresó que dados los choques externos de oferta experimentados en 2015, proyecta que nivel de precios oscile entre el 4.3% y 4.8% para el año 2016 y que se espera que el nivel de precios converja al rango meta en el año 2017.

Que la Secretaría Técnica de la Comisión convocó durante los días 7, 10, 11 y 15 de diciembre de 2015, a sesión plenaria de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales con el fin de fijar de manera concertada el aumento del salario mínimo para el año 2016, que estuvo conformada de manera tripartita por Gobierno, empleadores y trabajadores, en los términos del artículo 5° de la Ley 278 de 1996.

Que por parte del Gobierno Nacional concurren como titulares el Ministro del Trabajo, Viceministro Técnico de Hacienda y Crédito Público, el Viceministro Asuntos Agropecuarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Director de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación -DNP- y como invitados el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas -DANE-, el Gerente Técnico del Banco de la República y el Director de Programación e Inflación del Banco de la República.

Que en representación de los trabajadores asistieron el Presidente de la Confederación General del Trabajo -CGT-, el Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores -CUT-, el Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia -CTC- y el Presidente de la Confederación Democrática de Pensionados -CDP- y sus respectivos suplentes.

Que en representación de los empleadores acudieron el Presidente de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI-, el Presidente de la Asociación

Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia - ASOBANCARIA, el presidente de la Federación Nacional de Comerciantes de Colombia -FENALCO-, el Presidente de la Federación Nacional de Comerciantes de Colombia FENALCO-, el Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia -SAC-, la presidenta de la Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas - ACOPI- y sus respectivos suplentes.

Que en la reunión del once (11) de diciembre de 2015 de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, los representantes del sector privado ofrecieron incrementar el valor del salario mínimo en 6,8%. Y el sector sindical ofreció aumentar el salario mínimo de la siguiente forma: La CGT 10%, la CTC 10%, la CUT 12% y la CDP 9.5%.

Que en la reunión del quince (15) de diciembre de 2015, las centrales de trabajadores presentaron nuevas propuestas de incremento en el salario mínimo, así: CUT 11 % Y de manera unificada la CGT - CTC - CDP 8.5%.

Que según consta en las Actas de las reuniones correspondiente a los días 7, 10, 11 Y 15 de diciembre de 2015, la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, después de amplias deliberaciones sobre el particular, no logró un consenso para la fijación del incremento del salario mínimo para el año 2016.

Que en cumplimiento del proceso establecido en el párrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996, la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales solicitó a las partes allegar, dentro de las 48 horas siguientes a la finalización de la sesión del 15 de diciembre de 2015, sus posiciones respecto a la fijación del salario mínimo para el año 2016.

Que en cumplimiento del proceso establecido en el párrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996, la Secretaría Técnica socializó entre los integrantes de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales solicitó a las partes allegar, dentro de las 48 horas siguientes a la finalización de la sesión del 15 de diciembre de 2015, sus posiciones respecto a la fijación del salario mínimo para el año 2016. Vencido el término inicial, la Secretaría Técnica socializó entre los integrantes de la Comisión las diferentes posiciones de estos en torno a la fijación del salario mínimo para el año 2016, a efectos de que los mismos estudiaran y fijaran su posición al respecto dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento del plazo inicial.

Que en aplicación del inciso 2° del parágrafo del artículo 8° de la Ley 278 de 1996, a falta de acuerdo tripartito para la fijación del salario mínimo en el marco de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, es competencia del Gobierno la determinación de dicho incremento con base en las variables económicas allí señaladas.

En mérito de lo antes expuesto,

Decreta:

Artículo 1. Salario Mínimo Legal Mensual para el año 2016. Fijar a partir del primero (1°) de enero de 2016, como Salario Mínimo Legal Mensual para los trabajadores de los sectores urbano y rural, la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO pesos moneda corriente (\$689.455.00)

Artículo 2. Vigencia. Este Decreto rige a partir del primero (1°) de enero de 2016 y deroga el Decreto 2731 de 2014.

Publíquese, comuníquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D.C., a los 30 diciembre de 2015.”

3.- Cuestiones previas

3.1.- El marco normativo general en materia de salario mínimo

En nuestro ordenamiento jurídico los convenios de la OIT ratificados por Colombia tienen el carácter de normas jurídicas vinculantes y, por lo mismo, no pueden ser considerados como simples parámetros interpretativos. En efecto, la Corte Constitucional ha manifestado al respecto lo siguiente:

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución.

Es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido "debidamente ratificados" por Colombia, "hacen parte de la legislación interna" -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad, en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral.

Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo. Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como también lo ha realizado en sentencias anteriores.³

Pues bien, la obligación de instaurar sistemas para la fijación de salarios mínimos se dispuso por primera vez en 1928, en el Convenio núm. 26⁴ y la Recomendación núm. 30 de la OIT. En ellos se impone el deber a los Estados que lo ratifiquen, de instituir y mantener métodos que permitan el establecimiento de «tasas mínimas de los salarios de trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos.»⁵

³ Sentencia C-401 de 2005

⁴ Ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933.

⁵ Organización Internacional del Trabajo. Convenio No. 26 de 1928. Art. 1.

El Convenio núm. 39 y la Recomendación núm. 85 de 1949 suscritos por la OIT son las principales normas en materia de protección del salario. Estos tienen por objeto resguardar a los trabajadores contra actuaciones que puedan colocarlos indebidamente bajo la dependencia del empleador y asegurar que los salarios se paguen íntegramente y sin demora.⁶

Posteriormente el Convenio núm. 131 y la Recomendación núm. 135 de 1970, previeron la obligación de establecer un sistema de salarios mínimos que se utilice para todos los asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema y señalaron los elementos que se deben considerar al momento de determinar el nivel de los salarios, así como el ajuste periódico de dicho nivel.⁷ De esa misma anualidad es el Convenio núm. 144, mediante el cual los Estados se comprometieron a poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas entre los representantes del Gobierno, de los trabajadores y de los empleadores.

En consonancia con lo anterior, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 53, consagró el salario mínimo vital y móvil como principio fundamental para ser incluido en el Estatuto del Trabajo. En desarrollo de este mandato superior el Código Sustantivo del Trabajo definió, en su artículo 145, el salario mínimo de la siguiente manera:

Artículo 145. Definición. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

⁶ Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.p.p. 59 a 60.

⁷ *Ibidem*.

De otra parte, la Constitución Política en el artículo 56 contempló la creación de una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores para fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales.

Bajo el marco de esas disposiciones, el legislador expidió la Ley 278 de 1996, que reguló la composición y el funcionamiento de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales y le asignó, entre otras facultades, «el fijar de manera concertada el salario mínimo de carácter general, teniendo en cuenta que se debe garantizar una calidad de vida digna para el trabajador y su familia»⁸ para lo cual se otorgó un plazo máximo hasta el 15 de diciembre de cada anualidad⁹.

Cumplido el citado término sin que se llegare a un consenso, la Ley, en el artículo 8, autorizó al Gobierno Nacional para determinar el salario mínimo a más tardar el 30 de diciembre de cada año, teniendo en cuenta como parámetros, los siguientes¹⁰:

- La meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República.
- La productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- La contribución de los salarios al ingreso nacional.
- El incremento del producto interno bruto (PIB).
- El índice de precios al consumidor (IPC).

⁸ Artículo 2 literal d.

⁹ Inciso segundo del párrafo del artículo 8 de la Ley 278 de 1996.

¹⁰ *Ibidem*.

Esta disposición legal fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual, mediante sentencia C-815 de 1999, la declaró la exequible de manera en los siguientes términos:

Sólo en los términos de esta Sentencia, **declarar EXEQUIBLE el artículo 8 de la Ley 278 del 30 de abril de 1996, en el entendido de que, al fijar el salario mínimo, en caso de no haberse logrado consenso en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, el Gobierno deberá motivar su decreto, atendiendo, con el mismo nivel e incidencia, además de la meta de inflación del siguiente año, a los siguientes parámetros**: la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor; la productividad acordada por la Comisión Tripartita que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; la contribución de los salarios al ingreso nacional; el incremento del producto interno bruto (PIB); y con carácter prevalente, que habrá de reflejarse en el monto del aumento salarial, la especial protección constitucional del trabajo (art. 25 C.P.) y la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos. (El resaltado y subrayado son de la Sala)

Como bien se puede apreciar, cuando se frustra la posibilidad de llegar a un consenso con los trabajadores y empresarios y el Gobierno queda facultado para fijar unilateralmente el salario mínimo que habrá de regir el año siguiente, deberá motivar el acto administrativo, haciendo mención expresa al nivel e incidencia de cada uno de los factores mencionados en la decisión de la Corte Constitucional.

3.2.- De la expedición irregular por falta de motivación y la falsa motivación como vicios invalidantes de los actos administrativos.

En esencia, los actos administrativos son actos jurídicos que nacen a la vida jurídica como manifestación de lo que se conoce como función administrativa. Para que puedan tenerse como válidos dichos actos, es preciso que la expresión de voluntad administrativa en ellos plasmada, contenga ciertos elementos esenciales de los cuales depende su conformidad con el ordenamiento jurídico.

En efecto, así como el contrato estatal tiene unos elementos necesarios para que exista y no devenga en otro negocio jurídico ajeno a la voluntad de las partes, el acto administrativo cuenta con unos elementos sin los cuales no puede tenerse como válido, a saber: los sujetos, la voluntad, el objeto, los motivos, la forma, el mérito y los fines. En ese orden de ideas, cuando se establezca la ausencia de uno de tales elementos, el acto administrativo así expedido no cumple con las exigencias legales y por ello se reputa viciado de nulidad.

Lo dicho permite afirmar sin asomo de duda, que los vicios invalidantes del acto administrativo tienen una relación directa con sus elementos. En otras palabras, la ausencia o la insuficiencia de alguno de tales elementos, comprometen la validez de la decisión administrativa y están llamados a determinar su expulsión del ordenamiento jurídico mediante la declaratoria de su nulidad en sede judicial.

Ahora bien, en cuanto la motivación como elemento del acto administrativo, esta se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido. En ese orden,

los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión, mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto.

Siguiendo con el hilo de lo expuesto, es necesario puntualizar que se habla de "falsa motivación" cuando se presenta una disconformidad entre la realidad fáctica y jurídica que ha debido servir de fundamento al acto y los fundamentos fácticos y jurídicos que finalmente quedaron consignados en la decisión administrativa.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que "el vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto."¹¹

Paralelamente al defecto consistente en la "falsa motivación", hay otro vicio invalidante que es el de la "falta de motivación", cuya ocurrencia se subsume en el vicio de "expedición irregular" a que se refiere el inciso segundo del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011. Dicho defecto se configura cuando el acto carece por completo de fundamentos de hecho y/o de derecho, o cuando la motivación incorporada en el acto administrativo es tan precaria e insuficiente que no puede tenerse el acto como motivado. Se trata de un vicio que afecta el aspecto formal de la decisión administrativa a partir de la exigencia que contempla el artículo 42 *ejusdem*. Con todo, el legislador, en la aludida disposición legal, establece el

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia de 7 de junio de 2012 dada en el expediente No. 2006-00348

contenido de las decisiones administrativas, de allí que sin ambages exija que luego de haberse brindado la oportunidad a los interesados de expresar sus opiniones y con base en las pruebas disponibles, la autoridad debe adoptar la decisión, **que será motivada.**

Al tratarse de un vicio de forma se debe tener en cuenta el criterio fijado por la jurisprudencia que apunta a establecer qué tipo de vicios formales tienen la entidad de comprometer la validez del acto administrativo. Al respecto se ha podido establecer que existen formalidades sustanciales y no sustanciales, siendo las primeras aquellas con la capacidad de enervar la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos. Estas formalidades se caracterizan por ser mecanismos que garantizan los derechos de los afectados y aseguran que la decisión adoptada se de en un sentido y no en otro. Además de ello, no puede perderse de vista que la exigencia de la motivación se explica por la necesidad de permitir a los ciudadanos del común, conocer las razones y fundamentos que invoca la administración para adoptar la decisión, pues es a partir de allí que los destinatarios del acto administrativo puedan acudir ante esta jurisdicción especializada para cuestionar su legalidad. En este punto la Corporación ha precisado lo siguiente:

“La segunda se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen. La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo

correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto. Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra "*Controle Jurisdiccional de L'administration*", "Débese precaver de las matemáticas jurídicas, ya que proclamando que la nulidad se presume, no habría administración posible si el Consejo de Estado anulase los actos administrativos por omisión de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo cumplimiento no habría, en la realidad de los hechos, podido procurar ninguna garantía suplementaria a los administrados". A su turno Walline opina: "Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar la minuciosidad del formalismo y se vendría con ello a dilatar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administrados una incomodidad excesiva". Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: "En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas" (Cita de Alberto Preciado, Conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966).¹²

Al amparo de las reglas jurisprudenciales expuestas se puede concluir "que si bien constituye causal de nulidad (no del procedimiento sino de los actos definitivos) el haber sido expedido de forma irregular, no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto. Al

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968. C. P. Alfonso Meluk.

efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos substanciales o no substanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de substanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto"¹³.

En virtud de lo expuesto en los párrafos que anteceden, la falta de motivación puede llegar a configurar una expedición irregular del acto administrativo, cuando con ella se vulneren los derechos y garantías de los asociados, conclusión a la que solo se podrá llegar al estudiar el caso concreto y la incidencia que en este pueda tener la ausencia total o la deficiente motivación.

3.3. Precisiones sobre los actos administrativos consensuales o unilaterales mediante los cuales se fija el salario mínimo

Descendiendo en el caso que ocupa la atención de la Sala, es preciso poner de relieve que en tratándose de la fijación del salario mínimo que ha de regir en el año siguiente, es necesario distinguir entre el decreto que fija el salario mínimo como resultado de la fase previa de negociación en la cual intervienen los trabajadores, los empleadores y el Gobierno Nacional, y el decreto que profiere este último en forma unilateral, tras frustrarse el proceso de negociación.

El primero de tales decretos, corresponde a la categoría de los llamados "*actos administrativos consensuales o consensuados*", cuyo alcance y naturaleza jurídica aparecen diáfamanamente explicados en la siguiente providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado:

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Radicado 190. Fallo de 15 de marzo de 1996. C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Como es bien sabido, el concepto de "*acto administrativo*" ha estado referido a aquellas manifestaciones unilaterales de voluntad efectuadas por una autoridad administrativa en ejercicio de una potestad o función legalmente atribuida, dirigidas a producir determinados efectos jurídicos vinculantes en forma directa, ya sea con alcance general o particular.

Según esa concepción tradicional, la unilateralidad de la voluntad de la administración, se muestra como un elemento esencial de todo acto administrativo, bajo la premisa de que la concurrencia de voluntades para el establecimiento de una relación jurídica de derecho público, sólo es exigible y tiene cabida cuando se trata de la celebración de contratos o convenios estatales.

No obstante lo anterior, en el curso de los últimos tiempos ha irrumpido en el campo del derecho administrativo la figura de los "**actos consensuados o consensuales**", como una nueva modalidad de decisiones administrativas, en cuyo proceso de formación y perfeccionamiento debe cumplirse una fase previa de discusión y de consenso entre la autoridad administrativa y el administrado, sin que por ese hecho los acuerdos alcanzados puedan tildarse de contratos o convenios.

Bajo las modernas concepciones inherentes al Estado social y democrático de derecho, se ha venido aceptando que esas relaciones jurídicas de derecho público también pueden dimanar de la aplicación de procedimientos consensuales a través de los cuales se concreta el derecho de los ciudadanos a participar en el proceso de adopción de las decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses particulares o colectivos. Desde esa perspectiva, el procedimiento consensuado se constituye en un mecanismo articulador de la participación ciudadana y en un instrumento orientado a la ponderación de derechos e intereses, a partir de la celebración de consensos sobre la configuración normativa que deben tener las decisiones de la administración.

Como su propio nombre lo indica, en esta modalidad de actos administrativos, la decisión vinculante proferida por la autoridad competente, viene a ser fruto del acuerdo previamente celebrado con quienes tienen la vocación de convertirse en sus futuros destinatarios. A dicho concierto de voluntades se llega como resultado de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinariamente reglado, en el cual la participación ciudadana es un requisito forzoso e insoslayable. Dicha participación se concreta ya sea mediante la simple emisión de conceptos u opiniones por

parte de los administrados o la celebración de verdaderos acuerdos en torno al contenido dispositivo de las decisiones que se deben adoptar. En todo caso, es importante destacar que el acuerdo celebrado no produce en sí mismo y de manera directa e inmediata un efecto vinculante para las partes, pues su carácter ejecutorio se encuentra supeditado, en primer término, a la expedición de un acto administrativo que concrete y formalice la decisión acordada y, en segundo lugar, al consecuente cumplimiento de los respectivos trámites de publicación y/o notificación.

En otras palabras, tales acuerdos no son en sí mismos la decisión administrativa ni la sustituyen, pues en estricto sentido se trata de unos actos meramente preparatorios que están llamados a predeterminar en todo o en parte el sentido de las decisiones que se deben dictar. Por esa razón el acuerdo de voluntades celebrado no pasa de ser más que un antecedente de la decisión administrativa.

Es importante añadir que si bien los actos administrativos consensuales nacen de la aplicación de esos procedimientos participativos, nada obsta para que en determinadas circunstancias las autoridades competentes permitan la intervención de los particulares en aquellos procedimientos en los cuales ella no es obligatoria. Con todo, no puede soslayarse que en el primero de los casos, la participación de los administrados se encuentra estrecha y directamente asociada al concepto de "*debido proceso administrativo*", cuya pretermisión o inobservancia puede llegar a comprometer la legalidad de la decisión resultante y afectar los derechos fundamentales de los interesados o afectados. Tratándose de procedimientos en los cuales la participación ciudadana es meramente optativa o facultativa, el hecho de no abrir esos espacios de participación no tiene ninguna incidencia en la legalidad de la decisión administrativa resultante.

Estos mecanismos de participación y cooperación, además de insinuar la idea de aprobación anticipada y de acatamiento voluntario de las medidas a dictar, hace presuponer el conocimiento de sus términos y condiciones por parte de quienes intervinieron en su elaboración. En todo caso, el hecho de conocer las particularidades y detalles del Acuerdo preparatorio, no puede confundirse con el conocimiento de la decisión administrativa que debe proferir la Administración ni exime de la realización de los trámites de publicidad y notificación, pues nada garantiza

que el texto final de aquella corresponda efectivamente a lo acordado.¹⁴

Según el criterio de la Sala, cuando se llega a un consenso en el seno de la comisión tripartita encargada de negociar el incremento del salario mínimo, se hace necesario que el Gobierno Nacional como epílogo de ese proceso de concertación, expida el respectivo decreto, el cual en el fondo viene a protocolizar el acuerdo al cual se ha llegado, al adoptarlo bajo el ropaje de un acto administrativo. En tratándose de dicha decisión, no es preciso que el gobierno nacional tenga que hacer una exposición detallada de los pormenores de la negociación y menos aún que esté obligado a referirse de manera expresa a los fundamentos técnicos que llevaron a los negociadores a acordar el incremento, por cuanto esa motivación bien puede quedar consignada en las actas de la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales establecida en el artículo 56 de la Constitución Política.

Por el contrario, cuando el gobierno nacional debe proferir el Decreto de incremento en forma unilateral luego de frustrarse el proceso de negociación, la exigencia de la motivación se torna mucho más exigente y rigurosa, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en su sentencia C-815/99, en donde, como ya se ha dicho, se estableció el deber de motivar la decisión, en el sentido de explicar las razones por las cuales se fija el salario mínimo en una suma determinada, indicando el peso específico y la incidencia que tuvo cada uno de los factores a los cuales se alude tanto en el artículo 8° de las Ley 278 de 1996 como en la sentencia de exequibilidad condicionada *ut supra* mencionada.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 10 de abril de 2014, Exp. Núm. 05001-23-33-000-2012-00078-00, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

3.4.- De la justicia rogada y la prevalencia del derecho sustancial.

En el numeral 4º del artículo 162 del CPACA se consagró como uno de los requisitos de la demanda, que se señalen las normas violadas y se explique el concepto de la violación. Así las cosas, cuando se cuestione la legalidad de un acto administrativo por ser contrario a las normas superiores, el actor asume la carga de alegar y demostrar su ilegalidad, desde el mismo libelo introductorio.

Esta disposición es de suyo razonable, en virtud de la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos, la cual debe ser desvirtuada en el proceso por quien pretende la declaratoria de nulidad. Allí se fija el referente para el ejercicio del control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo, lo cual se incardina en aquello que en la doctrina se conoce como “principio de rogatividad”, en virtud del cual, los cargos, argumentos y probanzas allegados al proceso, constituyen el marco de referencia para el examen de legalidad propuesto en la demanda. Lo anterior se explica por la necesidad de que los demandantes precisen y soporten probatoriamente los cuestionamientos que formulan contra el acto administrativo opugnado, lo cual implica la obligación de indicar en forma concreta y concisa cuáles son las normas jurídicas que se dicen violadas y el deber de explicar el concepto de su violación, pues no es dable esperar que el juez, *motu proprio*, realice su confrontación con los innumerables instrumentos legales que conforman el universo normativo.¹⁵

¹⁵ Sentencia C-197 de 1999, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, D.C., 6 de agosto de 2004, Radicado 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI); Sección Primera, C. P. Yesid Rojas Serrano radicado 2262. actor Carlos Fernando Ossa Giraldo.

Empero, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional flexibiliza la aplicación de dicho principio en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales, especialmente cuando el medio de control invocado es el de simple nulidad.¹⁶ Lo anterior en aplicación de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁷.

La Corte Constitucional, por su parte, ha sido igualmente dúctil en la aplicación del principio de justicia rogada, en aquellos casos en los cuales **el concepto de la violación consignado en las demandas de inexecutable es insuficiente pero comprensible**, pues tales falencias menores no pueden conducir a denegar un cargo referido a la trasgresión de un mandato superior, cuando la controversia trata de la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata e incluso cuando el juez evidencia la incompatibilidad de la Constitución con la norma que debe aplicar.

En efecto, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del CCA, cuyo tenor literal es idéntico al numeral 4 del artículo 162 del CPACA, en donde se regula el deber que tiene el demandante de señalar las normas violadas por el acto acusado y el concepto de su violación, en la sentencia C-197 de 1999 precisó que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, 26 de noviembre de 2008, radicado 13001-23-31-000-2001-00816-01; Corte Constitucional Sentencias T-146 de 2010 y T-047 de 2011 M.P. M.P. María Victoria Calle Correa, T-553 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ **Artículo 55. Elaboración de las providencias judiciales.** Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

inmediata, deberá proceder a su protección aun cuando en la demanda el actor no hubiere cumplido de manera rigurosa y satisfactoria con esa carga procesal. Asimismo, cuando dicho juez advierta una incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica está en la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se deriva del mandato contenido en el artículo 4 superior.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que el juez administrativo con la finalidad de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, declarar la nulidad de los actos administrativos por razones no formuladas en la demanda con sustento en la primacía de los derechos fundamentales, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.).

4.- Caso concreto

De conformidad con las consideraciones expuestas en los acápites anteriores y con las pruebas oportunamente allegadas al proceso, la Sala resolverá el problema jurídico planteado, examinando los cargos de la siguiente manera:

4.1.- Cargos relativos al desconocimiento de la inflación para los estratos 1, 2 y 3 y la violación de los principios de progresividad y del derecho de los trabajadores a un salario mínimo vital y móvil.

Sostienen algunos de los demandantes que con el acto acusado, el Gobierno violó el principio de progresividad pues si bien el índice de inflación correspondiente al año 2015 ascendió al 6,67% (conforme a las estadísticas del DANE

contenidas en el Boletín expedido el 5 de enero de 2016), la inflación para los estratos 1, 2 y 3 llegó a un 7.26% y en algunas ciudades capitales alcanzó los 9 puntos porcentuales, motivo por el cual el incremento decretado del salario mínimo en un 7% en mención, implica una pérdida de su poder adquisitivo.

Aunque la Sala encuentra plausible el criterio de los demandantes para hacer efectivo el principio de progresividad (mediante la ponderación que proponen del índice de inflación), lo cierto es que el legislador, en la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996, optó por una fórmula distinta para garantizar ese mismo objetivo.

En efecto, la norma mencionada señala que al fijar el incremento del salario mínimo, el Gobierno tendrá en cuenta como parámetros:

la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC).

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada de esa disposición, señaló en el mismo sentido que el Gobierno, al fijar el salario mínimo en forma unilateral en caso de no haberse logrado el consenso en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, deberá motivar su decreto, atendiendo, con el mismo nivel e incidencia, además de la meta de inflación del siguiente año, a los siguientes parámetros:

(...) la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor; la productividad acordada por la Comisión Tripartita que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; la contribución de los salarios al ingreso nacional; el incremento del producto interno bruto (PIB); y con carácter prevalente, que habrá de reflejarse en el monto del aumento salarial, la especial protección constitucional del trabajo (art. 25 C.P.) y la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en "asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos.

En síntesis, dentro de la órbita normal de sus competencias, el legislador, a través de la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 -interpretada con el preciso alcance que señala la Corte Constitucional-, señala para la determinación del incremento del salario mínimo unos parámetros que permiten hacer efectivo el principio de progresividad, manteniendo la necesaria flexibilidad de las políticas públicas correspondientes.

En el mismo sentido, los elementos probatorios incorporados al plenario no demuestran que el incremento del salario mínimo en un 7% haya ocasionado una pérdida del poder adquisitivo de éste, con la consecuente violación de los principios de progresividad y del derecho a contar con un salario mínimo vital y móvil.

En conclusión, se desestiman estos cargos.

4.2. Cargo de falsa motivación

La Sala considera que el cargo de falsa motivación planteado por algunos de los demandantes, no tiene en este caso ninguna vocación de prosperidad, habida cuenta de que no se

demonstró que los fundamentos de hecho y derecho aducidos por el Gobierno en el acto acusado fuesen contrarios a la verdad.

En efecto, el material probatorio arrimado al expediente no permite advertir la carencia de veracidad o la falsedad de los motivos consignados en el acto administrativo cuestionado. En consecuencia, este cargo no prospera.

4.3.- Cargo de expedición irregular por falta o insuficiente motivación.

A partir de los argumentos expuestos por los demandantes en su libelo, con la intención de obtener la declaratoria de nulidad del acto administrativo reprochado, la Sala entiende que el cargo referido a los defectos de que adolece la motivación, corresponden no propiamente a una falsa motivación sino a la posible ocurrencia de un vicio de expedición irregular por ausencia o insuficiencia en la expresión de la motivación del acto administrativo en los términos ya explicados en el aparte 3.2 de esta providencia, lo cual se desprende del alegato esgrimido por la parte actora en el sentido de señalar que en el acto no se consignaron la totalidad de los factores establecidos en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996, falencia ésta que contradice lo dispuesto por la Corte Constitucional en su sentencia C-815/99.

Para la Sala resulta evidente que, en atención a la relevancia y transcendencia del acto administrativo acusado y al deber de motivación en los términos ordenados por la aludida sentencia de la Corte Constitucional, la debida y suficiente motivación de este acto es un requisito substancial cuya ausencia genera la expedición irregular del acto por motivación insuficiente, al impedir a los administrados que conozcan los parámetros que

llevaron al gobierno nacional a decretar el incremento del salario mínimo, lo cual obstaculiza y hace nugatorio su derecho de controvertir la legalidad del Decreto *sub examine*. Debe ponerse de relieve que al tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y teniendo presente su interpretación constitucional, la indicación del peso específico e incidencia de los factores que se deben aplicar para fijar el salario mínimo son garantías que les permiten a los asociados conocer y controvertir la decisión.

A juicio de esta Corporación, actos administrativos como el que se cuestiona, afectan los derechos e intereses de los asociados, quienes, al toparse con motivaciones sucintas, lacónicas e incompletas, no van a tener una oportunidad real de conocer los verdaderos fundamentos en los que se apoyó el Gobierno para fijar el salario mínimo. Dicho de otra manera, para que el acto que fija el salario mínimo se encuentre debidamente motivado, es forzoso que en él se plasmen, con rigurosidad y suficiencia, las verdaderas razones que sirvieron de soporte para llegar a una suma determinada teniendo en cuenta los criterios que para el efecto han fijado tanto la ley como la jurisprudencia.

A partir de lo dicho, se analizará a continuación si en el presente caso se cumplió ese requisito fundamental de la debida motivación del acto administrativo.

Pues bien, de las pruebas recaudadas se desprende con claridad que el factor de la inflación del año 2015 tomado por el Gobierno como fundamento del acto censurado es insuficiente dado que solo comprende la inflación real de 11 meses.

En cuanto a los demás factores sobre los cuales el Gobierno Nacional debe motivar el acto de fijación del salario mínimo, tampoco encuentra la Sala una motivación debida, suficiente y completa, pues omitió determinar el nivel de incidencia y el peso que cada uno de esos indicadores tiene sobre el porcentaje final de aumento del salario mínimo.

Al respecto se observa que, en lo relativo al indicador de la productividad, el acto acusado se circunscribió a mencionar en forma llana que el DNP la estimó en -0.5% para el año 2015, mientras la CUT la estimó en un 1%, pero dejó de señalar y de justificar, la influencia que tuvo este factor en la determinación del valor del incremento del salario mínimo.

En lo que atañe a la contribución de los salarios al ingreso nacional, el acto demandado se limitó a señalar que ese indicador se entiende incorporado en la estimación de la productividad, pero tampoco se mencionó o se examinó la incidencia de ese factor en el alza de la remuneración mínima.

De la misma forma ocurre con todos los datos de la inflación causada porque fueron incompletos o insuficientes puesto que se tuvo en cuenta, se itera, solamente un período de once meses (enero a noviembre de 2015), estableciendo el nivel de precios de la economía en ese período en un 6.11%, pero, adicionalmente, tampoco se determinó el nivel de incidencia de ese indicador en el aumento del salario mínimo.

Similar situación se presenta con la proyección del IPC para el año 2016, en el cual simplemente se menciona que se espera que la meta de inflación para esa anualidad sea del 3%, pero como en los demás casos, tampoco se indicó el nivel de incidencia de ese indicador en el valor final del porcentaje de aumento del salario mínimo.

Ahora bien, en sede judicial y a pesar de los requerimientos y solicitudes de informes que formuló el Magistrado Ponente al Gobierno Nacional, citados en precedencia, tampoco se allegó prueba idónea que permita conocer y determinar con certeza cuál fue el nivel de incidencia y el peso que se atribuyó a cada uno de los indicadores que sirven para determinar el incremento del salario mínimo, ya que el Gobierno se limitó a transcribir los argumentos de defensa mencionados por la Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda, en un documento que tampoco contiene estos aspectos sustanciales exigidos por la sentencia de constitucionalidad sobre el artículo 8 de la Ley 278 de 1996.

En suma, como quiera que el Decreto 2552 de 2015 que estableció el porcentaje de incremento del salario mínimo del año 2016 no se encuentra debidamente motivado, ha de concluirse que su fundamentación es claramente precaria e insuficiente, pues no analizó el nivel de incidencia y el peso que cada uno de los factores tuvo sobre el porcentaje final de incremento del salario mínimo del 7%, tal como lo ordenó la sentencia de la Corte Constitucional C-815 de 1999, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 8 de la Ley 278 de 1996.

No sobra añadir a lo anterior, que la parte considerativa del acto acusado, antes de servir de premisa a la decisión administrativa que se cuestiona en el *sub lite*, en el fondo no es más que un simple recuento de las actuaciones surtidas en la frustrada etapa de concertación, el cual, si bien sirve para justificar la razón por la cual se activó la facultad del gobierno nacional para expedir en forma unilateral el acto acusado, en el fondo es totalmente insuficiente para justificar la razón por la cual se fijó el salario mínimo del año 2016 en la suma que

fue objeto de decreto y no en otra suma distinta, falencia ésta que es de carácter sustancial y compromete seriamente la legalidad del acto demandado.

Finalmente, en lo que a este cargo concierne, se impone resaltar que la regla jurídica derivada de la sentencia de constitucionalidad C-815 de 1999 no fue variada por el pronunciamiento que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia C-1064 de 2001. Por el contrario, en esta última providencia se reiteró dicha regla al señalar:

“5.1.1.2. La Corte reitera esta jurisprudencia. También confirma lo decidido por esta Corporación en las sentencias que constituyen un precedente inmediato y directo respecto del aumento de salarios de servidores públicos.

En efecto, las tres sentencias claramente pertinentes son la C-710 de 1999, la C-815 de 1999 y la C-1433 de 2000. Es necesario detenerse en el alcance de cada una de ellas para subrayar su relevancia en el presente proceso.”

Así las cosas, las exigencias contenidas en la sentencia C- 815 de 1999 que declaró condicionadamente exequible el artículo 8 de la Ley 278 de 1999 se encuentran plenamente vigentes, y esa decisión proferida por la Corte Constitucional, como instancia de cierre en las materias que son de su competencia, constituye un precedente vinculante aplicable a este asunto.

Por las razones anteriores mencionadas, la Sala estima que el cargo de expedición irregular por falta o insuficiente motivación, está llamado a prosperar y, por lo mismo, procederá a declarar la nulidad del citado acto demandado.

4.4.- Cargo relativo al desconocimiento de la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor.

De la insuficiente motivación del acto se desprende la imposibilidad de conocer, al menos con certeza, si al fijar el salario mínimo el Gobierno atendió, entre otros parámetros y con el mismo nivel e incidencia, la inflación real del año 2015, según el índice de precios al consumidor.

Sin embargo es dable concluir, que ello no fue así, pues el indicador_real de la inflación del año anterior (del 1º de enero al 31 de diciembre de 2015), solo vino a consolidarse y publicarse por el DANE el día 5 de enero del año 2016, es decir, seis días después de la expedición del Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015. Como esa circunstancia es prácticamente inevitable, resulta imposible para el Gobierno cumplir con la obligación de considerar la inflación real acumulada de los 12 meses de cada año calendario/fiscal (de enero a diciembre). Sin embargo, las alternativas de solución a este problema, consistentes en tener en cuenta (i) sólo el consolidado de la inflación de los primeros once meses del año (del 1 de enero al 30 de noviembre) o (ii) dicho consolidado más una proyección de la inflación para el mes de diciembre del respectivo año, conducirían a desconocer el verdadero sentido del artículo 8 de la Ley 278 de 1996, con la interpretación y alcance que le dio la Corte Constitucional al condicionar su declaratoria de exequibilidad.

Frente a tales alternativas, la Sala estima que el parámetro de la inflación real del año que culmina no puede ser el de los primeros once meses (sin incluir el mes de diciembre en que precisamente la inflación podría ser más alta), pero también quedaría distorsionado al combinar la inflación real de los primeros once meses con una proyección de la inflación del mes de diciembre.

Por ello, cabe aplicar, mutatis mutandis, lo sostenido por la propia Corte Constitucional en la sentencia mencionada, en el sentido de que la autorización para expedir el decreto de incremento del salario mínimo no puede implicar que, al acudir a proyecciones o metas de inflación, el Gobierno disminuya, en términos reales, el salario mínimo de los trabajadores. Dicho en otras palabras, no es dable confundir una medición real (de la inflación) con una proyectada. Menos cuando, como en este caso, el parámetro a tener en cuenta es precisamente la inflación real según el índice de precios al consumidor. En síntesis, ello permitiría omitir, soslayar o dejar en manos del gobierno el indicador de la inflación del mes de diciembre.

En estos términos, la Sala concluye que el cargo relativo al desconocimiento de la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor también tiene vocación de prosperidad para declarar la nulidad del citado acto demandado. Sin embargo, en la parte final de esta sentencia se hacen precisiones correspondientes a los efectos de la decisión en este sentido.

5.- Los efectos de la presente declaratoria de nulidad.

En relación con los efectos en el tiempo de la sentencia de nulidad que declara la invalidez del acto acusado, resulta menester reconocer que el legislador, al proferir la Ley 1437 de 2011 – CPACA no reguló la materia, como tampoco lo hacía el Decreto 01 de 1984. Sobre este punto, es preciso señalar que si bien es cierto el artículo 189 del Código contempla los efectos de la sentencia, no lo es menos que ese precepto omite hacer alusión a los efectos en el tiempo de las sentencias proferidas en juicios de nulidad simple.

Así, una lectura detenida de esta norma arroja como conclusión que la declaratoria de nulidad proferida mediante sentencia tendrá efectos *erga omnes*, mientras que la que la deniegue habrá de producir el mismo efecto pero solo en relación con la *causa petendi*. En lo demás, la disposición legal se concentra en explicar los efectos de la sentencia en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los relativos a contratos estatales, de nulidad por inconstitucionalidad y de reparación directa, sin hacer ninguna mención en relación con los efectos en el tiempo cuando se trate de la nulidad simple.

Sin embargo, importa destacar que existen normas de carácter especial que precisan el punto frente a las materias específicas que regulan. En este sentido el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 señala que “la anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro” y el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, en la misma línea, dispuso que la nulidad del acto de inscripción y calificación en el registro único de proponentes “sólo tendrá efectos hacia el futuro”.

De lo anterior se sigue, entonces, que el CPACA no consagra ninguna regla relativa a los efectos en el tiempo de la sentencia de nulidad, y que el ordenamiento jurídico contempla unas reglas especiales limitadas para asuntos concretos.

Por otra parte, si se escudriña en los anales jurisprudenciales para encontrar una regla jurídica que disuelva el embrollo causado por este vacío legal, se encuentra que los pronunciamientos de esta Corporación no han sido unánimes.¹⁸ Una primera aproximación a las decisiones del

¹⁸ Sobre el particular vale la pena destacar la obra de Sonia Marina Castro denominada la “Modulación de los Efectos en el Tiempo de las Sentencias de Nulidad de los Actos Administrativos en Colombia”. Universidad del Rosario 2015, cuya consulta puede hacerse a

Consejo de Estado deja ver la tendencia a asimilar la invalidez del acto administrativo con la del derecho civil, partiendo de que la nulidad tiene el carácter de sanción y por tanto, la declaración judicial de invalidez del acto conduce a que las cosas vuelvan al estado que tenían antes del acto nulo.¹⁹

Esta idea se fue acondicionando a las especificidades del derecho administrativo atendiendo al tipo de acto como criterio para determinar los efectos temporales de las sentencias que declaran su nulidad. Bajo esta óptica la jurisprudencia se inclinó por otorgar efectos *ex nunc* a la declaratoria de nulidad de actos de contenido general en virtud al símil que existe entre éstos y la ley dado que, tanto la una como la otra, imponen reglas de derecho de carácter general y abstracto, tesis que ha sido expuesta en los siguientes términos:

“Bajo el entendido de que la ley en sentido material es tan general como la ley en sentido formal, cierta doctrina judicial del Consejo de Estado de manera acertada precisó que los efectos de nulidad de los actos administrativos de carácter general deben ser los mismos que se predicen para la inexecutabilidad, “(...) *porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto (...)*”²⁰

Otra tendencia jurisprudencial acogió la noción según la cual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos tiene, por regla general, un carácter retroactivo (*ex tunc*). En tal sentido, el fallo que declara “la nulidad del acto administrativo afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos *ex tunc*”²¹.

través del enlace <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10698/26424421-2015.pdf>.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Exp. 14-06-15, 14 de junio de 1915.

²⁰ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Primera. Consejero Ponente: Luis Antonio Alvarado. Sentencia del 9 de marzo de 1989.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Exp. 2002-00956. 8 de julio de 2010.

En defensa de esta postura jurisprudencial se ha esgrimido el “respeto a los actos individuales, es decir, aquellos producidos durante la vigencia de una norma que le ha servido de fundamento, pero que crean situaciones jurídicas concretas, se individualizan de tal manera que no permanecen dependientes de la norma superior en la medida en que han creado situaciones jurídicas específicas, en cabeza de un sujeto determinado.”²²

Lo anterior, en aplicación del principio de seguridad jurídica por virtud del cual las situaciones jurídicas que nacieron en vigencia del acto que se anula deben quedar incólumes, razón por la que “el fallo de nulidad no afecta situaciones jurídicas consolidadas antes de la fecha de la sentencia, pues no se pueden desconocer los derechos surgidos y afirmados durante la vigencia de las normas que se declaran nulas.”²³

A pesar de lo dicho, esta posición incurre en una evidente contradicción, habida cuenta que resulta impropio sostener que el fallo que declara la nulidad del acto administrativo tiene efectos retroactivos y a pesar de ello no incide en las situaciones jurídicas que han surgido mientras el acto estuvo vigente, esto, teniendo en cuenta que, precisamente, la consecuencia lógica que se desprende del carácter retroactivo de la decisión es que todo vuelva a su estado anterior.

El panorama expuesto permite concluir que la jurisprudencia no ofrece reglas claras para determinar con cierto grado de precisión cuáles son los efectos temporales de las sentencias que declaran la nulidad del acto administrativo, lo que obliga a la Sala a asumir una postura al respecto para suplir el vacío

²² Santofmío Gamboa Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo III. Pág. 155. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C. 2004.

²³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Exp. 16264. 21 de noviembre de 2007.

normativo que en este punto se presenta en tratándose de los asuntos de simple nulidad.

En correspondencia con lo anterior, la Sala estima necesario acudir a los principios de interpretación jurídica que plantea la Ley 153 de 1887 y particularmente a la figura de la analogía consagrada en su artículo 8 cuyo alcance explica que, en caso de ausencia de norma aplicable al caso concreto, se aplicarán aquellas disposiciones que regulen casos o materias semejantes.

La analogía, entonces, comporta “la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma”²⁴. Por ende, es dable acudir a lo que establece el inciso 3 del artículo 189 del CPACA en cuanto regula los efectos de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

“Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.”

La analogía propuesta se soporta en que, al igual que el medio de control de simple nulidad (art. 137 CPACA), la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 CPACA) se reputa objetiva en consideración a que su objeto se circunscribe a la protección del ordenamiento jurídico. Esta coincidencia, que valga decirlo, parte de la esencia de ambos medios de control, permite que se acuda a la regulación establecida en cuanto los efectos de la sentencia proferida en sede de nulidad por

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 083 de 1995.

inconstitucionalidad para suplir el vacío normativo que en este punto aqueja al medio de control de nulidad.

En consecuencia, la Sala concluye que la sentencia en el caso concreto produce efectos hacia el futuro en aplicación de lo previsto en el anotado inciso 3 del artículo 189 del CPACA. En este orden de ideas, la declaratoria de nulidad del Decreto 2552 de 2015 no tendrá, por las razones expresadas, ningún efecto respecto del salario que con fundamento en él devengaron los trabajadores durante el año 2016, tampoco afectará ningún valor que haya tenido como parámetro el salario mínimo, como por ejemplo las cuantías para determinar competencias administrativas o judiciales, multas, sanciones, contratos, tarifas, cuotas alimentarias **y en general todo aquello que tome como referencia el salario mínimo.**

En síntesis, considerando que esta declaratoria de nulidad se fundamenta esencialmente en el vicio de forma consistente en la expedición irregular por insuficiente motivación del acto acusado y pretende en exclusiva la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, sus efectos se contraen a dejar sin efectos el acto.

6.- Exhortación al Gobierno Nacional – Ministerio del Trabajo y Seguridad Social

La Sala considera necesario exhortar al Gobierno Nacional para que, cuando quede investido de la facultad de proferir de manera unilateral el decreto que fije el incremento del salario mínimo luego de fracasar la etapa de concertación en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, lo haga en estricto cumplimiento de la carga motiva que le impone el artículo 8º de la Ley 278 de 1996 de

conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-815 de 1999, esto es, teniendo en cuenta con el mismo nivel e incidencia, además de la meta de inflación del siguiente año, la inflación real del año que culmina según el IPC, la productividad acordada por la Comisión Tripartita que coordina el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social; la contribución de los salarios al ingreso nacional y el incremento del producto interno bruto (PIB).

En cuanto se refiere al parámetro de la inflación real del año que culmina de que trata el artículo 8 *ejusdem* y de conformidad con la interpretación teleológica de esa disposición, debe adoptarse la inflación real del año que va desde el 1º de diciembre del año anterior hasta el 30 de noviembre del año que culmina, según el correspondiente índice de precios al consumidor (IPC). En esos términos, para determinar este parámetro, el gobierno nacional deberá tener presente que no es correcto usar sólo el consolidado de la inflación de los primeros once meses del año (del 1º de enero al 30 de noviembre) o dicho consolidado más una proyección de la inflación para el mes de diciembre del año que culmina.

Así mismo, el acto deberá establecer con carácter prevalente la especial protección constitucional al trabajo (art. 25 C.P.) que deberá reflejarse en el monto del aumento salarial; la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en "asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos".

En suma, la motivación del acto administrativo mediante el cual se fija el salario mínimo deberá explicitar con la mayor claridad y precisión, los fundamentos económicos, sociales, técnicos y financieros que llevan al Gobierno Nacional a fijar el salario mínimo en una cuantía determinada, de tal suerte que los ciudadanos puedan conocer las razones objetivas de su determinación.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero.- **DECLARAR** la nulidad del Decreto 2552 de 30 de diciembre de 2015, por medio del cual se fijó el salario mínimo para el año 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y sólo con los precisos efectos allí señalados.

Segundo.- En firme esta decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

CÁRMEN ANAYA DE CASTELLANOS

Conjuez