

DESPLAZAMIENTO DE CONJUEZ POR POSESIÓN DE NUEVO CONSEJERO – Configuración

La Sala precisa que si bien se había sorteado conjuez para completar el quórum decisorio en el presente asunto, éste ya no será necesario toda vez que el Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez se posesionó como Magistrado de esta Corporación el 25 de septiembre de 2017, y en aplicación del artículo 116 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la llegada de un nuevo Consejero desplaza al conjuez Dr. Hernán Alberto González Parada.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 116

BASE DE LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES – Vacaciones para trabajadores con salario integral. Reiteración de jurisprudencia. Corresponde al setenta por ciento del valor de las vacaciones legales pagadas al trabajador / SALARIO INTEGRAL – Noción / SALARIO INTEGRAL – Conformación. En el mismo no se pueden incluir las vacaciones / BASE PARA EL CALCULO DE APORTES PARAFISCALES – Concepto de nómina mensual de salarios. Incluye los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, es decir, por vacaciones, bien sea remuneradas, o compensadas en dinero / NÓMINA MENSUAL DE SALARIOS BASE PARA EL CÁLCULO DE APORTES PARAFISCALES – Alcance / FACTOR PRESTACIONAL DEL SALARIO INTEGRAL – Exclusión de la base para el cálculo de los aportes parafiscales

Sobre la base para liquidar aportes parafiscales en relación con las vacaciones remuneradas de trabajadores con salario integral, esta Sala ha determinado en reiteradas oportunidades que dicha base corresponde al 70% del valor de las vacaciones pagadas al trabajador, como se aprecia a continuación: (...) *el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones.* (Subraya la Sala). El artículo 49 de la Ley 789 de 2002 interpretó con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo y se refirió a la base para el cálculo de los aportes parafiscales (...) Conforme con las normas a las que se ha hecho referencia, se concluye lo siguiente: El salario integral está conformado (i) por el factor remuneratorio o componente salarial básico para el pago por retribución del trabajo ordinario (que debe ser superior a diez salarios mínimos legales mensuales) y (ii) por el componente prestacional (que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía), destinado a retribuir con anticipación el valor de prestaciones, recargos y beneficios, tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en la estipulación del salario integral. No es posible incluir las **vacaciones** como retribución dentro del salario integral, porque así se previó en el aparte final del numeral 2 del artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990. Sin embargo, **conforme con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes, entre otros, al ICBF, en el concepto de nómina mensual de salarios se incluyen los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, es decir, por vacaciones, ya sea, en la modalidad de descanso remunerado o en la de compensación en dinero a manera de sustitución.** En efecto, establecido que las vacaciones y las comisiones pagadas a los trabajadores con salario integral hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF, resta por analizar si dicho cálculo se debe hacer sobre el 100% como lo dice el ICBF o sobre el 70% como lo hizo la parte demandante. Como para efectos de la liquidación del aporte

parafiscal se entiende por nómina mensual de salarios, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los **diferentes elementos integrantes del salario** [todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio], cualquiera que sea su denominación y **además**, los verificados **por descansos remunerados** de ley y convencionales o contractuales [vacaciones – pago por goce efectivo o su compensación en dinero], es claro que el factor prestacional en el salario integral [30%] no hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales. Por lo anterior, en el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago, porque así lo dispuso el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue interpretada con autoridad mediante el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sin que el legislador haya hecho distinción entre los tipos de pagos que recibe el trabajador contratado bajo la modalidad de salario integral. De manera que, atendiendo el aforismo jurídico “*donde la ley no distingue, no puede distinguirse*”, se establece que el límite del 70% aplica para todos los pagos que recibe el trabajador que devenga un salario integral, que conforman la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 [nómina mensual de salarios]. En este orden de ideas y, para el caso concreto, se concluye que para el cálculo de los aportes parafiscales a favor del ICBF, de los trabajadores contratados bajo la modalidad de salario integral, se debe tener en cuenta el 70% del pago hecho sobre las vacaciones [pago por goce efectivo o su compensación en dinero] y sobre las comisiones, en este último caso, siempre que se pruebe que estas forman parte del salario integral, porque así lo acordaron las partes.” (...) De esta manera, acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, no le asiste la razón a la entidad demandada de pretender liquidar a la demandante los aportes parafiscales sobre el 100% del valor de las vacaciones de trabajadores que pactaron salario integral. Lo anterior, por cuanto como bien lo ha precisado esta Sección, no existe disposición legal en virtud de la cual se deba aplicar una base de aportes diferente al 70% de las vacaciones, respecto de trabajadores con salario integral.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO –ARTÍCULO 132 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO –ARTÍCULO 186-1 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO –ARTÍCULO 189-1 / LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 18 / DECRETO 1174 DE 1991 – ARTÍCULO 1 / LEY 789 DE 2002 – ARTÍCULO 49 / LEY 21 DE 1982 – ARTÍCULO 17 / LEY 995 DE 2005- ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera el criterio expuesto por la Sección Cuarta del Consejo de estado en sentencias de 17 de marzo de 2016, radicado 76001-23-31-000-2011-01867-01(21519) , C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 3 de agosto de 2016, radicado 25000-23-37-000-2013-00033-01(20697), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez

DEVOLUCIÓN DE PAGO DE LO NO DEBIDO DERIVADO DE ANULACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO – Intereses procedentes. No es legal establecido en el artículo 1617 del Código Civil, sino los previstos en los artículos 192 inciso 3 y 195 numeral 4 de la ley 1437 de 2011 / DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS DERIVADA DE JECUCIÓN DE SENTENCIA – Norma aplicable. No se aplica el artículo 863 de Estatuto Tributario, sino los artículos 187, 192 y 195 de la ley 1437 de 2011

En el caso en estudio, CODENSA S.A. E.S.P. allegó certificado de fecha de 16 de marzo de 2012, en el que hace constar que realizó al SENA el pago de \$65.035.312,

conforme le fue ordenado en los actos administrativos demandados. (...) [C]omo lo determinó el Tribunal, al declararse la nulidad de los actos, se configura un pago de lo no debido; en consecuencia, se tiene que el monto de \$65.035.312 cancelado por la demandante deberá ser devuelto por el SENA. Sin embargo, contrario a lo manifestado por el *a quo*, no se ha de reconocer el interés legal del 6% establecido en el artículo 1617 del Código Civil, sino, como lo ha manifestado esta Sala, se ha de aplicar los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, por cuanto el monto objeto de devolución se deriva de la ejecución de una sentencia. Por demás, la Sala precisa que a la suma objeto de devolución no le es aplicable el artículo 863 del Estatuto Tributario, dado que el monto a reintegrar no se genera como consecuencia de una solicitud devolución que haya efectuado la demandante a la entidad. Ahora, comoquiera que la demandante pagó el total \$ 65.035.312, sin que estuviera obligada a ello, la devolución a la actora procede en los siguientes términos: La suma objeto de devolución, es decir, **\$ 65.035.312** debe ajustarse de conformidad con el índice de precios al consumidor en concordancia con el inciso final del artículo 187 del CPACA. De manera que el ajuste se hará aplicando la siguiente fórmula: En la que el valor ajustado (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el mayor valor pagado por el contribuyente, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de cada pago. En virtud de los artículos 192 inciso 3 y 195 numeral 4 del C.P.A.C.A, sobre el monto a devolver es decir **\$ 65.035.312, debidamente actualizado**, se causarán intereses de mora a una tasa equivalente al DTF, a partir de la ejecutoria de esta sentencia hasta la fecha del pago de la misma, que deberá realizarse en un plazo máximo de 10 meses. Vencido este término o el de los 5 días siguientes a la recepción de los recursos, que tiene la entidad demandada para pagar la condena, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago, la suma adeudada causará intereses de mora a la tasa comercial.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 187 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 192 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 195

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los intereses procedentes y la normativa aplicable a la devolución de impuestos y contribuciones derivados de la ejecución de sentencias anulatorias de actos administrativos, se reitera el criterio de la Sección Cuarta del Consejo de Estado contenido en las sentencias de 12 de noviembre de 2015, radicado (21737), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y de 25 de abril de 2016, radicado (21246), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

CONDENA EN COSTAS – Aspectos que la integran / CONDENA EN COSTAS EN ASUNTOS EN LOS QUE SE VENTILA UN INTERÉS PÚBLICO – Improcedencia / CONDENA EN COSTAS – Reglas / CONDENA EN COSTAS – Interpretación de las reglas. Se deben analizar en conjunto con la regla del numeral 8 del artículo 365 del Código General del proceso / CONDENA EN COSTAS – Improcedencia por falta de prueba de su causación

De acuerdo con los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla que no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público. Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas (...)

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), para la procedencia de la condena en costas contra la parte vencida en el proceso, es decir, la demandada, pues fue la parte vencida en el proceso. No obstante, la Sala ha precisado que estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que **“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”** Revisado el expediente se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas. Por tanto, no procede la condena en costas en segunda instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / LEY 1564 DE 2012-ARTÍCULO 361 / LEY 1564 DE 2012- ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C, trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-37-000-2012-00161-01(20527)

Actor: CODENSA S.A. E.S.P.

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

Fallo

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 24 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, que declaró la nulidad de los actos demandados¹.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011, notificada el 28 de diciembre de la misma anualidad², el SENA ordenó a CONDESA S.A. E.S.P. el pago de \$65.035.312, por concepto de ajuste de aportes en parafiscales.

¹ Folios 134 a 154 c. p.

² Folios 16 a 17 c. p.

Previa interposición del recurso de reposición³, por medio de la Resolución No. 00649 del 24 de febrero de 2012, notificada el 13 de marzo de 2012⁴, el SENA confirmó la Resolución No. 05529 de 21 de diciembre de 2011.

El 16 de marzo de 2012, CODENSA S.A. realizó el pago de \$ 65.035.312⁵ a favor del SENA.

DEMANDA

CODENSA S.A. E.S.P., en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011** por la cual se determinó, a favor del SENA, la obligación a cargo de CODENSA S.A. E.S.P. de proceder a cancelar la suma de **\$45.788.649.00** por concepto de capital y **\$19.246.663.00** por concepto de intereses moratorios ante la presunta omisión en cancelar las contribuciones o aportes parafiscales (para un total de \$65.035.312.00)

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 0649 de 24 de febrero de 2012** por la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición que había interpuesto CODENSA contra la Resolución 05529 del 21 de diciembre de 2011.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro a mi representada de **Sesenta y Cinco Millones Treinta y Cinco Mil trescientos doce pesos (\$65.035.312.00)** debidamente indexada, la cual fue cancelada por mi representada con ocasión a la liquidación realizada por la entidad demandada.

CUARTA: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento, se declare que CODENSA S.A. (sic) E. S. P. se encuentra a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales del 2% correspondiente a los periodos comprendidos entre

³ Folios 18 a 24 c. p.

⁴ Folios 12 a 15 c. p.

⁵ Folio 25 c. p.

julio de 2008 a diciembre de 2008, de enero de 2009 a diciembre de 2009 y de enero de 2010 a noviembre de 2010”.

QUINTA: Que se condena en costas a la parte demandada.

SEXTA: Que se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos (sic) 192 del nuevo C.C.A.” (Negrillas y subrayas propias del texto original).

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

- Los artículos 2, 6, 29, 83, 90 y 209 de la Constitución Política.
- Los artículos 3, 35, 59 y 85 del Código Contencioso Administrativo.
- El párrafo del artículo 1º de la Ley 89 de 1988.
- El artículo 17 de la Ley 21 de 1982.
- El artículo 3 de la Ley 27 de 1974.
- Los artículos 12 y 48 del Decreto 2649 de 1993.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Violación del derecho al debido proceso y al derecho de defensa por falta de motivación de los actos administrativos

Los artículos 35 y 59 del C.C.A. (vigentes al momento de ser proferidos los actos demandados), establecían la obligación de la Administración de motivar los actos que afectan decisiones particulares, al igual que motivar los que resuelven recursos en vía gubernativa. Siendo así, la ausencia de motivación del acto genera la nulidad del mismo.

En el caso objeto de análisis, el SENA, mediante la expedición de la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011, vulneró el derecho de defensa y debido proceso de CODENSA, por cuanto no motivó jurídicamente el acto administrativo, ni siquiera de forma sumaria. Lo anterior, dado que no indicó cuál fue el cálculo y/o procedimiento realizado para determinar la correcta liquidación de aportes parafiscales, ni expuso los fundamentos de hecho ni las razones que motivaron al

SENA a tomar la decisión contra CODENSA S.A. E.S.P.; por el contrario, simplemente determinó e impuso el pago de una obligación por \$65.035.312.

En consecuencia, como CODENSA nunca fue informada de los motivos de hecho y de derecho que sustentaron la decisión del SENA, se encontraba imposibilitada para ejercer su derecho de defensa y para controvertir el respectivo acto administrativo. Únicamente al momento de la expedición de la Resolución No. 00649 del 24 de febrero de 2012, el SENA señala un fundamento fáctico y cita disposiciones; pero la circunstancia de solo haberlo realizado al momento de resolver el recurso de reposición impidió el efectivo derecho de defensa en vía gubernativa por parte de CODENSA.

Violación del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, por inaplicación

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el artículo 3 de la Ley 27 de 1974, los aportes que se deben hacer al SENA se calculan sobre el valor efectivamente pagado de nómina mensual y no sobre el valor causado contablemente por gastos de personal. No puede tomarse como base para liquidar aportes al SENA la totalidad de los valores causados en las cuentas de gastos de personal, pues acorde con los artículos 12 y 48 del Decreto 2649 de 1993, la base para liquidar esos aportes corresponde a lo efectivamente pagado por concepto de nómina de cada mes.

En el concepto de nómina se incluyen los salarios y descansos remunerados a los trabajadores que tiene un salario ordinario y el 70% de los rubros pagados a los trabajadores que pactaron salario integral en la compañía, acorde con lo previsto en el numeral 3 del artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 que determinó: "*Interprétase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).*"

Ahora, en la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011 proferida por el SENA, se utilizó como base para liquidar aportes los periodos de julio de 2008 a diciembre de 2010; no obstante, debido a la ausencia de motivación, se desconocen los factores tenidos en cuenta para integrar la base de aportes. Razones por las cuales han de anularse los actos demandados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **SENA** se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos⁶:

Del debido proceso y del derecho de defensa

La actuación administrativa desde el punto de vista formal no fue absolutamente rigurosa, pero ello no implica que se le haya violado el debido proceso a la demandante.

La actuación administrativa fue iniciada de oficio por el SENA, una vez el funcionario visitador observó que la demandante liquidaba aportes parafiscales sobre un porcentaje del salario integral. Las conclusiones de la visita fueron entregadas a CODENSA S.A. E.S.P. y el representante legal firmó la copia de la liquidación en señal de conocimiento. Con fundamento en el informe rendido por el funcionario liquidador, el SENA emitió la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011, la cual fue notificada personalmente y fue informado el recurso procedente y el término para interponerlo.

Efectuada la notificación de la precitada Resolución, se le garantizó el ejercicio del derecho de contradicción a la sociedad actora, quien ejerció el recurso de reposición de forma oportuna y fue resuelto por medio de la Resolución No. 00649 de febrero de 2012, lo que demuestra que CODENSA S.A. E.S.P. ejerció su derecho de defensa, al interponer el recurso correspondiente.

Adicionalmente, durante la visita practicada por el promotor del SENA se le indicó a la sociedad las razones por las cuales se considera que adeuda aportes al SENA, estas consideraciones se discutieron en la práctica y realización de la visita; en consecuencia, cuando se profirió la Resolución No. 05529 de 2011, puede afirmarse y aceptarse que la motivación de esa resolución de cobro es pre-existente a su expedición y que el empleador ya conoce las razones por las cuales le cobran una diferencia a favor del SENA.

⁶ Folios 134 a 154 c. p.

Las vacaciones del salario integral deben tomarse sobre la base del 100% para liquidar aportes parafiscales

Las vacaciones reconocidas al trabajador, en cualquier momento de la relación laboral, hacen parte de los pagos verificados por descanso remunerado de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. En el caso del salario integral, además de retribuir el trabajo ordinario, debe compensar el valor de las prestaciones sociales y beneficios, pero no compensa el valor de las vacaciones.

Las vacaciones hacen parte de la base para liquidar aportes parafiscales sobre el 100%, lo que implica que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 no resulta vulnerado con los actos demandados.

SENTENCIA APELADA

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, Sección Cuarta, Subsección A, acogió las pretensiones de la demanda. Las razones de la decisión se resumen así⁷:

De acuerdo con los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época de los hechos), los actos administrativos que afecten situaciones particulares deben ser motivados al menos de forma sumaria. La motivación debe contener al menos los supuestos de hecho y de derecho que cimientan la decisión adoptada por la Administración, lo que implica que la motivación del acto sea un elemento estructural y su ausencia genera la nulidad del acto en los términos del artículo 84 *ídem*.

Indicó que de la lectura de la Resolución No. 05529 de 21 de diciembre de 2011, se tiene que la Administración hizo una transcripción del cuadro normativo que regula los aportes parafiscales a favor del SENA, así como una liquidación de aportes y los intereses de mora, y se relaciona la Liquidación No. 11-20110183090 de 9 de agosto de 2011, pero no se encuentran los fundamentos de hecho y de derecho que cimientan la decisión de la Administración.

Lo anterior, dado que no se exponen los motivos por los cuales la liquidación que realizó CODENSA S.A. E.S.P. respecto de los periodos 2008-07-06, 2009-01-12 y

⁷ Folios 134 a 154 c. p.

2010-01-11 no se ajusta a derecho, ni obra copia de la resolución que anuncia la demandada; lo que sí es explicado al momento de resolver el recurso de reposición mediante la Resolución No. 000649 de 24 de febrero de 2012.

Ahora, frente al argumento expuesto por la entidad demandada atinente a que la actora conocía los fundamentos sobre los que se basa la liquidación practicada por la Administración y que fueron manifestados a la actora en el Acta de Visita de 25 de enero de 2012, el Tribunal señaló que ésta acta es posterior a la Resolución No. 05529 de 21 de diciembre de 2011, lo que lleva a concluir que la empresa no tuvo conocimiento de los motivos por los cuales se practicó la liquidación. Adicionalmente, consideró que si bien es cierto que la demandante interpuso el recurso de reposición contra la Resolución No. 05529 de 21 de diciembre de 2011, no pudo controvertir los aspectos que fueron determinados por la Administración al resolverlo mediante la Resolución No. 00649 de 24 de febrero de 2012.

En consecuencia, consideró que al no motivarse la Resolución No. 05529 de 21 de diciembre de 2011, se configura la invalidez del acto y por tanto la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa; declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó al SENA restituir a la actora la suma de \$65.035.312, más el interés legal del 6%, al tratarse de un pago de lo no debido. Señaló que los intereses deben calcularse desde la fecha en la que la demandante realizó el pago, hasta la fecha en que el SENA devuelva el valor cancelado.

Finalmente, no condenó en costas por cuanto no aparecieron probadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** apeló con fundamento en los siguientes argumentos:⁸

No es cierto que la Resolución No. 05529 de 2011 carezca de los fundamentos de derecho como lo afirma la sentencia, ni que en la Resolución No. 00649 de 2012 se amplió la motivación de la Resolución No. 05529. Razón por la cual no se puede afirmar como lo realiza el *a quo* que los actos demandados carecen de motivación.

⁸ Folios 156 a 167 c. p.

Indicó que si el SENA comprueba que los aportes parafiscales no se han liquidado conforme a la nómina del empleador, procede a elaborar una liquidación por incumplimiento, la cual fue enviada al representante legal de CONDESA S.A. E.S.P. según radicado No. 2-2011-054171 de 23 de agosto de 2011 y, ante el silencio de CODENSA, se profirió la Resolución de Cobro No. 05529 del 21 de diciembre de 2011.

Que si bien la referida resolución no tiene una motivación suficiente, no puede decirse que carece de la misma. Lo que se tiene, es que la motivación de dicha resolución de cobro es pre-existente a su expedición, por cuanto el empleador ya conocía de antemano las razones por las cuales le cobraron una diferencia a favor del SENA.

Contra la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011, CODENSA S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición y, para resolverlo, el SENA decretó de oficio una visita con el fin de determinar la base para liquidación de aportes sobre las vacaciones de salario integral; visita en la cual se discutió ampliamente sobre la base para liquidar aportes parafiscales sobre dicho rubro. En consecuencia, diferente a lo afirmado en la sentencia recurrida, los actos demandados no carecen de motivación.

La Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011 tiene motivación deficiente, pero existe, y esa deficiencia se corrigió con la resolución del recurso de reposición; actuación que es totalmente válida, por cuanto esa es una finalidad de la sede administrativa, esto es, permitirle a la autoridad que reconsidere su decisión y el SENA la reconsideró al fundamentar más ampliamente la motivación y mantener la decisión adoptada.

En cuanto a la base para liquidar las vacaciones de trabajadores que pactaron salario integral, como las vacaciones corresponden a pagos por descanso remunerado de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, se debe tomar el 100% de las vacaciones pagadas para liquidar los aportes parafiscales, teniendo en cuenta que el legislador no hizo ninguna excepción al respecto frente al salario integral. En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia apelada y se denieguen las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante**⁹ reiteró lo manifestado en la demanda y señaló lo siguiente:

Lo manifestado por la demandada, en lo que respecta a que la carencia de motivación de la Resolución No. 5529 de 2011 fue enmendada al resolverse el recurso de reposición, choca con lo establecido en los artículos 35 y 59 del C.C.A., que contemplan la obligación de la Administración de motivar las decisiones que afectan a particulares, así como la obligación de motivar los actos que resuelven recursos en vía gubernativa.

La **demandada** reiteró lo dicho en el recurso de apelación¹⁰.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

El presente proceso, el 5 de febrero de 2014, entró para fallo al despacho de la entonces Consejera de Estado la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez¹¹, Magistrada que laboró en el Consejo de Estado hasta el 25 de abril de 2016, en su reemplazo, el 18 de octubre de 2016 tomó posesión como nueva Consejera de Estado la Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

La Dra. Carvajal Basto, mediante auto del 21 de noviembre de 2016, se declaró impedida para conocer del presente proceso, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del Código General del Proceso, por cuanto fue la Magistrada Sustanciadora del mismo proceso en primera instancia y suscribió la sentencia que ahora es objeto del recurso de apelación.

⁹ La demandante solicitó sea tenido en cuenta el escrito de alegatos, dado que según manifestó, por error involuntario, lo radicó en la Sección Primera y no en la Sección Cuarta del Consejo de Estado. La Sala considera que por haber sido radicado el escrito de alegatos de conclusión dentro del término legal, ante la misma Corporación, lo tiene presente para la emisión del fallo.

¹⁰ Folios 179 a 190 c. p.

¹¹ Folio 199 c. p.

Debido a ausencia de quórum en esta Sección, el 8 de febrero de 2017 se designó como conjuez al Dr. Hernán Alberto González Parada, a fin de resolver el impedimento manifestado por la Dra. Carvajal Basto. Mediante auto de 11 de mayo de 2017, el impedimento fue declarado fundado y se ordenó remitir el expediente al despacho que siguiera en turno. El expediente llegó el 31 de mayo de 2017 al despacho del Consejero Ponente de esta providencia.

La Sala precisa que si bien se había sorteado conjuez para completar el quórum decisorio en el presente asunto, éste ya no será necesario toda vez que el Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez se posesionó como Magistrado de esta Corporación el 25 de septiembre de 2017, y en aplicación del artículo 116 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la llegada de un nuevo Consejero desplaza al conjuez Dr. Hernán Alberto González Parada.

Problema Jurídico

Conforme al recurso de apelación, la Sala debe determinar si la base de los aportes parafiscales respecto de los trabajadores con salario integral corresponde al 100% o al 70% del valor de las vacaciones del trabajador.

De igual forma, si hay lugar a ello, la Sala debe determinar si los actos administrativos demandados son nulos por carencia de motivación, y si en consecuencia hubo vulneración del derecho al debido proceso, en concordancia con lo establecido en los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época de los hechos).

Y si hay lugar a ordenar el reintegro de la suma de \$65.035.312 a CODENSA, debidamente indexada, de conformidad con la pretensión tercera de la demanda.

Caso concreto

En el presente asunto la Sala observa que el SENA mediante la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011, notificada el 28 de diciembre de la misma anualidad, ordenó a CODENSA S.A. E.S.P. el pago de \$65.035.312, por concepto de ajuste de aportes parafiscales.

La demandante interpuso recurso de reposición contra la referida resolución, alegó falta de motivación, por cuanto no se indica previamente, ni en dicha resolución las razones de hecho y de derecho que llevaron al SENA a liquidar la suma de \$65.035.312 a cargo de CODENSA S.A. E.S.P.

El SENA resolvió el recurso de reposición por medio de la Resolución No. 00649 de 24 de febrero de 2012 y señaló que el hecho de que las normas no se hayan transcrito, no quiere decir que el acto no esté motivado. Indicó que el fundamento de derecho es la Ley 21 de 1982 y demás normativa señalada en la Resolución No. 05529 de 2011, mientras el fundamento de hecho son los sueldos que se tomaron de base para liquidar las vigencias que dieron un valor a pagar a cargo de CODENSA S.A. E.S.P. En el mismo sentido, manifestó que la base para liquidar los aportes parafiscales por concepto de vacaciones de salario integral no corresponde al 70% sino al 100% de lo pagado al trabajador.

En sede de primera instancia, el Tribunal declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, por carencia de motivación de la Resolución No. 05529 de 2011, dado que según indicó, el SENA en éste acto administrativo no señaló los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión de la Administración, esto es, no expuso los motivos por los cuales liquidó a CODENSA S.A. E.S.P. el monto a pagar de \$65.035.312 en relación con los periodos 2008-07-06, 2009-01-12 y 2010-01-11, aspectos que por el contrario si explica el SENA al momento de resolver el recurso de reposición mediante la Resolución No. 00649 de 24 de febrero de 2012.

En el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la entidad demandada alegó que en el caso de las vacaciones de trabajadores que pactaron salario integral, se debe tomar el 100% de las vacaciones pagadas para liquidar aportes parafiscales. Lo anterior, por tratarse de un descanso remunerado de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. De igual forma señaló que no se puede afirmar que los actos demandados carecen de motivación, que si bien la Resolución No. 05529 de 2011 no tiene una motivación suficiente, ello no implica que carezca de la misma. Que en efecto, acorde con el documento con radicado No. 2-2011-054171 de 23 de agosto de 2011, a CODENSA S.A. E.S.P. le fue enviada una liquidación y ante el silencio de la ahora demandante fue proferida la Resolución No. 05529 de 2011, lo que implica que la motivación de éste acto administrativo es pre-existente a su expedición.

Además, señaló que la deficiencia en motivación de la Resolución No. 05529 de 2011 se corrigió mediante la resolución que resolvió el recurso de reposición, dado que *“el SENA la reconsidero (sic) fundamentando más ampliamente la motivación de la misma, reconsideración que la condujo a mantener la decisión adoptada”*.

Con fundamento en lo expuesto y teniendo en cuenta que sobre el asunto de fondo esta Sección¹² ya se ha pronunciado, esta Sala procede a determinar si los aportes parafiscales deben de ser liquidados sobre 70% o el 100% de las vacaciones pagadas a los trabajadores con salario integral y se abstendrá del análisis de los demás cargos.

Base de aportes parafiscales por concepto de vacaciones para trabajadores con salario integral. Reiteración jurisprudencial¹³

Sobre la base para liquidar aportes parafiscales en relación con las vacaciones remuneradas de trabajadores con salario integral, esta Sala ha determinado en reiteradas oportunidades que dicha base corresponde al 70% del valor de las vacaciones pagadas al trabajador, como se aprecia a continuación:

“5. El salario integral. Pagos por vacaciones y comisiones integran la base para el cálculo de los aportes parafiscales a favor del ICBF. Base para el cálculo

5.1 Una de las formas de remuneración al trabajador es el salario integral que está regulado en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, norma que dispone:

ARTÍCULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Sentencia de diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radiado número 76001-23-31-000-2011-01867-01. No interno 21519.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Sentencia de tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radiado número 250002337000-2013-00033-01. No interno 20697.

1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. [...]

3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).

-

4. [...] (Subraya la Sala).

5.2 Respecto del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso lo siguiente:

[...] De suerte que en los precisos términos de ese enunciado legal para que se entienda incorporado en el salario integral un rubro laboral distinto de aquellos que aparecen explícitamente mencionados en la norma en cuestión, es menester que se incluya de manera específica por las partes en el contrato respectivo. Dicho en otras palabras: la pertenencia al salario integral de un rubro laboral surge ora porque éste se encuentre dentro de los mencionados en el artículo 18 ya citado, o bien porque las partes así lo convengan, tratándose de conceptos no mencionados allí.

[...]

A manera de conclusión corresponde decir, por lo tanto, que si dentro de un pacto de salario integral las partes acuerdan pagos adicionales por concepto de comisiones y no se ocupan de que éstas queden incluidas dentro de los factores que cubre aquel salario, la liquidación de la indemnización por despido, de las vacaciones u otro derecho laboral que venga al caso deberá hacerse con base no solo en la suma única convenida sino además en el promedio de las comisiones, sin que tenga ninguna importancia ni constituya impedimento para ello que las partes de común acuerdo hayan resuelto no dar connotación salarial a las dichas comisiones¹⁴ (Subraya la Sala).

5.3 El numeral 2 del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo fue reglamentado por el Decreto 1174 de 1991, que en su artículo 1 dispuso:

Artículo 1. Salario integral. *El salario integral a que se refiere el numeral 2 del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, será una sola suma convenida libremente y por escrito entre el trabajador y el empleador, suma que será la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones.* (Subraya la Sala).

5.4 El artículo 49 de la Ley 789 de 2002 interpretó con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo y se refirió a la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los siguientes términos:

ARTÍCULO 49. BASE PARA EL CÁLCULO DE LOS APORTES PARAFISCALES.

Interprétase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%).

¹⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2003, radicado Nro. 19475, M.P. Carlos Isaac Nader.

Lo anterior por cuanto la expresión actual de la norma "disminuido en un 30" ha dado lugar a numerosos procesos, pues no se sabe si debe ser multiplicado por 0.7 o dividido por 1.3. (Subraya la Sala).

5.5 Conforme con las normas a las que se ha hecho referencia, se concluye lo siguiente:

5.5.1 El salario integral está conformado (i) por el factor remuneratorio o componente salarial básico para el pago por retribución del trabajo ordinario (que debe ser superior a diez salarios mínimos legales mensuales) y (ii) por el componente prestacional (que no podrá ser inferior al 30% de dicha cuantía), destinado a retribuir con anticipación el valor de prestaciones, recargos y beneficios, tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en la estipulación del salario integral.

5.5.2 No es posible incluir las **vacaciones**¹⁵ como retribución dentro del salario integral, porque así se previó en el aparte final del numeral 2 del artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

5.5.3 Sin embargo, **conforme con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes, entre otros, al ICBF, en el concepto de nómina mensual de salarios se incluyen los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, es decir, por vacaciones, ya sea, en la modalidad de descanso remunerado o en la de compensación en dinero a manera de sustitución**¹⁶.

¹⁵ Las vacaciones presenta dos modalidades: (i) como regla general la de descanso remunerado [art. 186-1 CST] y (ii) como excepción la de compensación en dinero ya sea, durante la vigencia del contrato de trabajo a manera de sustitución de dicho descanso o por retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo [art. 189-1 CST y art. 1 de la Ley 995 de 2005]. Respecto de las modalidades del derecho a las vacaciones, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia del 10 de junio de 2015, radicado Nro. 43894, M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en la que se reiteró lo dicho en la sentencia de esa misma Sala, del 14 de agosto de 2013, radicado Nro. 39023, que a su vez se remitió a la sentencia del 9 de marzo de 1994, radicado Nro. 6354.

¹⁶ En la sentencia de esta Sección, del 4 de diciembre de 2003, radicado Nro. 25000-23-27-000-2000-00024-01 [13144], C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, se afirmó que "el pago de las vacaciones en dinero deben hacer parte de la base para liquidar los aportes al SENA", criterio que fue expuesto con anterioridad en las sentencias del 17 de noviembre

(...)

5.7 En efecto, establecido que las vacaciones y las comisiones pagadas a los trabajadores con salario integral hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF, resta por analizar si dicho cálculo se debe hacer sobre el 100% como lo dice el ICBF o sobre el 70% como lo hizo la parte demandante.

5.8 Como para efectos de la liquidación del aporte parafiscal se entiende por nómina mensual de salarios, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los **diferentes elementos integrantes del salario** [todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio], cualquiera que sea su denominación y **además**, los verificados **por descansos remunerados** de ley y convencionales o contractuales [vacaciones – pago por goce efectivo o su compensación en dinero], es claro que el factor prestacional en el salario integral [30%] no hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales.

5.9 Por lo anterior, en el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago, porque así lo dispuso el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue interpretada con autoridad mediante el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sin que el legislador haya hecho distinción entre los tipos de pagos que recibe el trabajador contratado bajo la modalidad de salario integral.

5.10 De manera que, atendiendo el aforismo jurídico “*donde la ley no distingue, no puede distinguirse*”, se establece que el límite del 70% aplica para todos los pagos que recibe el trabajador que devenga un salario integral, que conforman la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 [nómina mensual de salarios].

de 1994, radicado Nro. 5767 C.P. Consuelo Sarria Olcos y del 17 de octubre de 1995, radicado Nro. 7255, C.P. Julio E. Correa Restrepo. Con posterioridad, en la sentencia del 25 de septiembre de 2008, radicado Nro. 25000-23-27-000-2004-90723-01(16015), C.P. Ligia López Díaz, se dijo que: “*la compensación monetaria de las vacaciones hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales*”. En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil el 8 de febrero de 2011, radicado Nro. 11001-03-06-000-2010-00069-00 [2.013], C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

5.11 En este orden de ideas y, para el caso concreto, se concluye que para el cálculo de los aportes parafiscales a favor del ICBF, de los trabajadores contratados bajo la modalidad de salario integral, se debe tener en cuenta el 70% del pago hecho sobre las vacaciones [pago por goce efectivo o su compensación en dinero]¹⁷ y sobre las comisiones, en este último caso, siempre que se pruebe que estas forman parte del salario integral, porque así lo acordaron las partes.”¹⁸ (Destacado propio del texto original)

En el mismo sentido, en materia de aportes parafiscales por concepto de vacaciones de trabajadores de pactaron salario integral, esta Sala precisó:

“De conformidad con las normas transcritas, el salario integral es la base para la remuneración de las vacaciones de los trabajadores que devengan ese salario. **A su vez, la base para el cálculo los aportes parafiscales es el 70%, por lo cual debe entenderse que respecto a las vacaciones la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse teniendo en cuenta el 70% de las vacaciones pagadas, como lo determinó la demandante, y no el 100% de estas, como lo fijó el ICBF.**

Además, **no existe disposición legal que ordene que para la liquidación de los aportes parafiscales, respecto a las vacaciones de trabajadores con salario integral se deba aplicar una base distinta al 70%, como lo pretende el ICBF.**”¹⁹ (Destacado de la Sala)

De esta manera, acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, no le asiste la razón a la entidad demandada de pretender liquidar a la demandante los aportes parafiscales sobre el 100% del valor de las vacaciones de trabajadores que pactaron

¹⁷ En este sentido se pronunció la Sala en la sentencia del 17 de marzo del año en curso, radicado Nro. 760012331000-2011-01867-01 [21519], C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, oportunidad en la que se expuso que “[...] *no existe disposición legal que ordene que para la liquidación de los aportes parafiscales, respecto a las vacaciones de trabajadores con salario integral se deba aplicar una base distinta al 70% [...]*”.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Sentencia de tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radiado número 250002337000-2013-00033-01. No interno 20697

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Sentencia de diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radiado número 76001-23-31-000-2011-01867-01. No interno 21519.

salario integral. Lo anterior, por cuanto como bien lo ha precisado esta Sección, no existe disposición legal en virtud de la cual se deba aplicar una base de aportes diferente al 70% de las vacaciones, respecto de trabajadores con salario integral.

De este modo, conforme a lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, pero con base en las consideraciones hechas en esta providencia, por cuanto es el 70% y no el 100% la base para liquidar aportes parafiscales por concepto de vacaciones de trabajadores con salario integral y, en consecuencia, se abstiene de estudiar el cargo del recurso de apelación referente a la motivación de los actos administrativos demandados.

Devolución de la suma de \$65.035.312 pagada por CODENSA con ocasión de la Resolución No. 05529 del 21 de diciembre de 2011

En el caso en estudio, CODENSA S.A. E.S.P. allegó certificado de fecha de 16 de marzo de 2012²⁰, en el que hace constar que realizó al SENA el pago de \$65.035.312, conforme le fue ordenado en los actos administrativos demandados.

Al momento de presentar la demanda, la actora solicitó el reintegro de las sumas pagadas²¹. Al respecto, como lo determinó el Tribunal, al declararse la nulidad de los actos, se configura un pago de lo no debido; en consecuencia, se tiene que el monto de \$65.035.312 cancelado por la demandante deberá ser devuelto por el SENA.

Sin embargo, contrario a lo manifestado por el *a quo*, no se ha de reconocer el interés legal del 6% establecido en el artículo 1617 del Código Civil, sino, como lo ha manifestado esta Sala, se ha de aplicar los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, por cuanto el monto objeto de devolución se deriva de la ejecución de una sentencia.

Por demás, la Sala precisa que a la suma objeto de devolución no le es aplicable el artículo 863 del Estatuto Tributario, dado que el monto a reintegrar no se genera como consecuencia de una solicitud devolución que haya efectuado la demandante a la entidad.

²⁰ Folio 25 c. p.

²¹ Folio 30 c. p.

Ahora, comoquiera que la demandante pagó el total \$ 65.035.312, sin que estuviera obligada a ello, la devolución a la actora procede en los siguientes términos:²²

a. La suma objeto de devolución, es decir, \$ **65.035.312** debe ajustarse de conformidad con el índice de precios al consumidor en concordancia con el inciso final del artículo 187 del CPACA²³. De manera que el ajuste se hará aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor ajustado (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el mayor valor pagado por el contribuyente, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de cada pago.

b. En virtud de los artículos 192 inciso 3 y 195 numeral 4 del C.P.A.C.A²⁴, sobre el monto a devolver es decir \$ **65.035.312, debidamente actualizado**, se causarán intereses de mora a una tasa equivalente al DTF, a partir de la ejecutoria de esta sentencia hasta la fecha del pago de la misma, que deberá realizarse en un plazo máximo de 10 meses²⁵. Vencido este término o el de los 5 días siguientes a la

²² En igual sentido se ha pronunciado la Sala en las sentencias de 12 de noviembre de 2015, expediente No. 21737, Consejero Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez y de 25 de abril de 2016, expediente No. 21246, Consejero Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

²³ El artículo 187 inciso final del C.P.A.C.A prevé que *"Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."*

²⁴ El artículo 192 inciso 3 del C.P.A.C.A dispone que *"Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código."*

El artículo 195 numeral 4 del C.P.A.C.A señala que *"Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial."*

²⁵ El artículo 192 inciso 2 del C.P.A.C.A señala que *"Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en*

recepción de los recursos, que tiene la entidad demandada para pagar la condena²⁶, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago, la suma adeudada causará intereses de mora a la tasa comercial²⁷.

Condena en costas

Con fundamento en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el Tribunal no condenó en costas. Esta decisión se mantiene por no haber sido apelada.

En relación con las costas de segunda instancia, la Sala precisa lo siguiente:

De acuerdo con los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla que no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

***“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*”**

un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.”

²⁶ El artículo 195 numeral 3 del C.P.A.C.A. dispone que *“La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.”*

²⁷ De conformidad con el artículo 192 inciso 5 del C.P.A.C.A se dejan de causar intereses de mora si pasados tres meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena los beneficiarios no han acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva. La causación de intereses cesa desde que vence el plazo en mención hasta cuando se presente la solicitud.

“Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

“9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.” (Destaca la Sala)

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), para la procedencia de la condena en costas contra la parte vencida en el proceso, es decir, la demandada, pues fue la parte vencida en el proceso. No obstante, la Sala ha precisado que estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que ***“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”***²⁸

Revisado el expediente se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas. Por tanto, no procede la condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala modificará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada. En su lugar, a título de restablecimiento se condena al SENA a devolver a CODENSA S.A. E.S.P. el valor de \$ 65.035.312 más los intereses corrientes a la tasa señalada en el artículo 864 del Estatuto Tributario, desde la fecha del pago realizado por CODENSA S.A. E.S.P. y hasta la ejecutoria de esta providencia, e intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria de este fallo hasta la fecha de giro del cheque, emisión del título o consignación, también a la tasa prevista en el artículo 864 *ibídem*.

²⁸ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, Exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En lo demás, se confirma la sentencia apelada. Asimismo, se niega la condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada. En su lugar, quedará así:

“**TERCERO:** A título de restablecimiento, **ORDENAR** a la demandada devolver a la actora la suma de \$ **65.035.312**, ajustada conforme con lo dispuesto en la parte motiva. Dicha suma devengará intereses de mora en los términos fijados en la parte motiva de esta providencia”.

SEGUNDO: En lo demás, **CONFIRMAR** la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: No se condena en costas en esta instancia.

CUARTO: RECONOCER personería a la abogada Yinna Liliana Alvarado Acevedo, identificada con cédula de ciudadanía No 52.369.379 y con tarjeta profesional No 172.887 del C.S.J. para actuar en nombre y representación de CODENSA S.A. E.S.P.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ