



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA  
RODRÍGUEZ**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 05001-23-33-000-2012-00148-01 (21898)  
**Demandante:** CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S. A.  
**Demandado:** INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR  
(ICBF)

**Temas:** Aportes Parafiscales. Base gravable. Vacaciones de empleados con salario integral. Falta de motivación.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) contra la sentencia del 23 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, que decidió (fol. 730):

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones N° 3212 de 11 de agosto de 2011 y 1295 de 27 de febrero de 2012, proferidas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por medio de las cuales se determina una obligación a cargo de la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. por concepto de aportes parafiscales.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se RESTABLECE EL DERECHO en el sentido de DECLARAR que CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. liquidó y pagó en debida forma al ICBF los aportes parafiscales correspondientes a los períodos 2006-2, 2007, 2008, 2009 y 2010; asimismo, previa las deducciones a que por Ley haya lugar, se ORDENA la devolución de las sumas que la demandante canceló en virtud del acto anulado, en cuantía de ciento veintiún millones seiscientos ochenta y seis mil noventa y cinco pesos (\$121.686.095), en forma indexada, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada. Liquidense por Secretaría. Se fijan las agencias en derecho, en primera instancia, en UN MILLÓN QUINIENTOS MIL

PESOS M.L. (\$1.500.000,00).  
(...)

## **ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

El ICBF expidió la Resolución nro. 3212, del 11 de agosto de 2011, que determinó y ordenó a Construcciones El Cóndor S.A. pagar la suma de \$121.686.095, por concepto de aportes parafiscales del 3% de los periodos de julio a diciembre de 2006 y los años 2007, 2008, 2009 y 2010 e intereses, teniendo como base la Liquidación de Aportes nro. 117997, del 28 de julio de 2011.

La demandante interpuso recurso de reposición contra la liquidación antes referida, que fue resuelto por la demandada mediante la Resolución nro. 1295 del 27 de febrero de 2012, en el sentido de confirmarla.

## **ANTECEDENTES DEL PROCESO**

### **Demanda**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el apoderado judicial de Construcciones El Cóndor S.A. formuló las siguientes pretensiones, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fols. 1 y 2):

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 3212 de 11 de agosto de 2011, proferida por el Director ( E ) de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ISABEL CRISTINA PATIÑO MEJÍA, mediante la cual se determina a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la obligación a cargo de Construcciones El Cóndor S.A. identificada con NIT: 890.922.447-4 y se le ordena el pago, por haber sido expedida con falsa motivación, falta de motivación, violación del debido proceso, violación de las normas en que debe fundarse y desviación de poder, acto administrativo mediante el cual se adoptó la siguiente decisión:

...

SEGUNDA. Que se declare la nulidad de la resolución No. 1295 de 27 de febrero octubre (sic) de 2012, proferida por la Directora de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar LUZ ELENA BETANCUR GÓMEZ, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la resolución No. 3212 del 11 de

agosto de 2011, proferida por haber sido expedida con falsa motivación, falta de motivación, violación del debido proceso, violación de las normas en que debe fundarse y desviación de poder.

TERCERA. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones citadas, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el reintegro de los dineros pagados por capital e intereses por CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. en cumplimiento de las resoluciones demandadas cuyo monto asciende a: \$121.686.095 (CIENTO VEINTIUN MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA).

CUARTA. Que se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a indemnizar el lucro cesante sufrido por CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., el cual será fijado teniendo en cuenta el interés bancario corriente, generado por las sumas pagadas, calculado entre la fecha en que se realizó el pago de la obligación (16 de abril de 2012) y la fecha de la sentencia.

QUINTA. Que se ordene el pago de las sumas a las cuales resulte condenado el ICBF sean indexadas, actualizando su valor entre la fecha del pago (16 de abril de 2012) y la fecha de ejecutoria de la sentencia teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor.

SEXTA. Que en subsidio de la orden de actualizar hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, la condena se produzca en el equivalente a salarios mínimos legales mensuales, para garantizar que la condena conserva el poder adquisitivo entre el momento en que se expida el fallo de primera instancia y el momento en el que se produzca la ejecutoria de la sentencia, en caso de una eventual apelación del fallo adverso a la entidad demandada.

SÉPTIMA. Que se condene a las costas que resultaren en el proceso a la demandada.

OCTAVA. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones de los artículos 176 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

A los anteriores efectos, invocó como violados los artículos 150 (numeral 2) y 338 de la Constitución; 132 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo (CST); 151 del Código Procesal del Trabajo (CPT); 683 del Estatuto Tributario (ET); 49 de la Ley 789 de 2002; 35 del Decreto Ley 01 de 1984 y, 1 del Decreto 1174 de 1991. El concepto de violación de esas disposiciones se resume así:

#### 1. Falta de motivación

Alegó que los actos acusados son nulos por falta de motivación, pues no explican qué razones llevaron al ICBF a concluir que la demandante se

encontraba en mora en el pago de los aportes parafiscales por los periodos discutidos. Que, la única referencia que hay al respecto es en la Liquidación de Aportes nro. 117997 de 2011, que señaló que no se realizaron aportes sobre el 100% de las vacaciones del salario integral.

## 2. Falsa motivación y violación a las normas en que debía fundarse

Manifestó que los actos acusados son nulos por falsa motivación, porque afirman que la sociedad no pagó la totalidad de los aportes parafiscales del 3% por los periodos discutidos, a pesar de que las planillas evidencian los pagos efectuados sobre la totalidad de la nómina mensual, incluida la de los empleados que reciben salario integral. De igual manera, porque afirman que respecto de quienes reciben salario integral, la liquidación de los aportes debe hacerse sobre el 100% de los pagos, desconociendo que el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 dispone que procede sobre el 70%.

Al respecto, precisó que el artículo 49 *ibídem* no distingue entre pagos de nómina relacionados con la remuneración del trabajo o la remuneración de las vacaciones, lo que obliga a entender que, para determinar la base de liquidación de los parafiscales de los empleados sometidos a salario integral, el 70% se aplica a toda remuneración pagada en su favor. Que, si el legislador hubiera querido hacer una distinción, la habría hecho expresamente, como sucedió en el Decreto 1174 de 1991, en relación con la liquidación de indemnizaciones y de aportes a la seguridad social.

Adujo que la anterior posición es acogida por el Ministerio del Trabajo en la Circular Externa nro. 00000018, del 16 de abril de 2012. Agregó que el desconocimiento de la anterior normatividad viola el principio de legalidad y de reserva de ley.

## 3. Violación al artículo 488 CST y 151 del CPL

Indicó que en el caso operó la prescripción trienal desarrollada en los artículos 488 del CST y 151 del CPT, de tal forma que solo podían ser objeto de cobro las obligaciones causadas a partir del 4 de agosto de 2007, si, en gracia de discusión, se aceptara la existencia de dichas obligaciones.

## 4. Desviación de poder

Finalmente, adujo que la autoridad demandada fijó discrecionalmente las

bases gravables de los tributos que recauda, inobservando los límites establecidos por la ley y, por lo tanto, en contravía del espíritu de justicia tributario.

### **Contestación de la demanda**

El ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda y se pronunció sobre los cargos de violación, así (fols. 217 a 242):

Frente a la falta de motivación, sostuvo que los actos demandados expusieron de forma clara y precisa las razones que originaron la liquidación a cargo de la demandante. Explicó que las resoluciones se fundamentan en la Liquidación de Aportes nro. 117997, del 28 de julio de 2011, que hace parte integral de la Resolución nro. 3212 de 2011, en la que se discriminaron: las vigencias, el periodo, la base (IBC), el porcentaje del 3%, los aportes pagados, el valor adeudado, los intereses, el total a pagar y la fuente de donde se tomó la información.

Indicó que la liquidación de aportes tuvo en cuenta las declaraciones y los documentos de nómina presentados por la parte actora en las visitas realizadas y, con base en ellos, concluyó que en los periodos en discusión la sociedad tomó el 70% del valor de las vacaciones pagadas a los trabajadores con salario integral para calcular los aportes parafiscales discutidos, cuando debió hacerlo sobre el 100% de dichos pagos.

Frente a la falsa motivación, dijo que negó haber afirmado que la demandante haya dejado de pagar la totalidad de los aportes parafiscales por los periodos discutidos, ya que de su contenido se puede ver que la liquidación correspondió a los aportes dejados de pagar sobre el 100% de las vacaciones del salario integral.

Indicó que el salario integral no está exento de los aportes a la seguridad social y de los aportes parafiscales, los que se deben efectuar, según el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sobre el 70% del valor del salario integral pactado. Sin embargo, agregó, que esta disposición no incluye el concepto de vacaciones dentro del salario integral, razón por la que el pago de aportes parafiscales sobre este concepto se liquida sobre el 100% de lo pagado.

En cuanto a la aplicación de la circular externa del Ministerio de Trabajo,

sostuvo que esta constituye un criterio de orientación en la aplicación de aportes parafiscales y, por ende, no es vinculante para la entidad. Adicionalmente, resaltó que la circular fue expedida con posterioridad a los actos acusados, lo que impide efectuar una aplicación retroactiva.

Señaló que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, no se configuraron los supuestos que originan la desviación de poder por parte de la entidad al expedir los actos acusados, razón por la que el cargo no debe prosperar. Agregó que los actos acusados atendieron el marco normativo trazado por la Ley 27 de 1974 y los decretos y resoluciones reglamentarios.

Finalmente, alegó la impertinencia de aplicar el término de prescripción de las normas laborales, pues, por tratarse de una obligación fiscal, se rige por el término de prescripción de las acciones de cobro, previsto en el artículo 817 del ET. De tal manera que a la fecha de expedición de los actos acusados, las obligaciones liquidadas no estaban prescritas.

### **Sentencia apelada**

El 23 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia anulando los actos administrativos acusados, con fundamento en las siguientes consideraciones (fols. 723 a 730):

Señaló que el salario integral, regulado en el artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, incluye un componente salarial (70%) y un componente prestacional (30%) y, en razón a que los aportes parafiscales deben liquidarse con base en los factores que constituyen salario, se entiende que la base para efectuar los aportes es del 70%, como lo señala el artículo 49 de la Ley 789 de 2002.

Resaltó que la legislación no establece cuál es el monto de las vacaciones de los empleados con salario integral que constituye base para la liquidación de los aportes parafiscales al ICBF. Pero, (i) dado que las vacaciones se liquidan sobre el total del salario integral (factor salarial y prestacional); (ii) el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 no distinguió que el límite del 70% solo sería para el salario integral y no sus correspondientes vacaciones; y (iii) que dicho pago corresponde al valor del salario cuando el empleado no está laborando, concluyó que la base de liquidación disminuida también es aplicable a las vacaciones pagadas a los trabajadores con salario integral.

Finalmente, señaló que conforme a las anteriores consideraciones debe declararse la nulidad total de los actos acusados, no es necesario analizar los cargos de violación por presunta falta de motivación y prescripción parcial.

Conforme con el artículo 188 del CPACA, fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. La magistrada ponente salvó el voto frente a la condena en costas impuestas, pues, a su juicio, no se encuentra acreditada su causación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 392, numeral 1, del CGP.

### **Recurso de apelación**

El demandado apeló la decisión del tribunal y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia porque no es coherente ni sustenta debidamente la decisión en ella contenida, pues interpretó de forma extensiva el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, aunque ello no era procedente. Al efecto, transcribió *in extenso* los alegatos frente a la determinación de la contribución parafiscales sobre el 100% de las vacaciones pagadas a los empleados con salario integral y sobre la irretroactividad de la circular externa del Ministerio del Trabajo.

Adicionalmente, manifestó que en el curso del proceso hizo saber al tribunal que la base gravable que tuvo en cuenta para determinar la deuda no fue solo la correspondiente a las vacaciones del salario integral al 100%, sino otras bases salariales como salario integral, horas extras, vacaciones normales, respecto de las que la demandante no hizo el pago de los aportes. En esa medida, agregó, que el *a quo* debió ordenar solo la devolución de lo pagado por concepto de vacaciones del salario integral y no respecto de los demás conceptos que no fueron discutidos por la parte actora. Para el efecto, anexó un informe de la funcionaria que efectuó la correspondiente liquidación y determinación de los parafiscales (fols. 750 a 754).

Finalmente, dijo que la condena en costas no es justificada, porque en el plenario no se demostró la causación de las mismas.

### **Alegatos de conclusión**

La parte actora insistió en que la base con la que se deben liquidar los aportes parafiscales para quienes devengan un salario integral es el 70% de dicha remuneración, incluyendo las vacaciones, de conformidad con el

artículo 49 de la Ley 789 de 2002.

Manifestó que el ICBF se contradice al afirmar que el tribunal no podía interpretar el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, cuando en la contestación de la demanda y en el recurso esa entidad efectuó su propia interpretación de la norma. Y en cuanto a la Circular nro. 18 del Ministerio de Trabajo, indicó que en ningún momento pidió su aplicación al caso, por lo que es impertinente el análisis de la demandada.

Sostuvo que el ICBF introdujo una nueva discusión en el recurso, en lo que se refiere al pago de aportes respecto de las horas extras, y allega una nueva prueba en cuanto a la liquidación se refiere, que, a su juicio, no puede ser valorada en esta instancia.

Adujo que la condena en costas es procedente, pues la demandante tuvo que incurrir en el pago de los honorarios del abogado y de los gastos administrativos originados en su gestión.

El ICBF reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

### **Concepto del ministerio público**

El Ministerio Público no rindió concepto.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, le corresponde a esta Judicatura pronunciarse sobre la sentencia de primera instancia con la cual se declaró la nulidad de los actos acusados.

Concretamente, se debate (i) si los aportes parafiscales a favor del ICBF, que le correspondía hacer la demandante en los periodos en discusión, debían ser liquidados sobre el 70% o el 100% de las vacaciones pagadas a los trabajadores con salario integral y (ii) si la determinación de los parafiscales al ICBF efectuada en los actos demandados, incluyó al IBC factores diferentes al concepto anteriormente señalado.

2. En primer lugar es pertinente resaltar que en el escrito del recurso, el

demandado solicitó en esta instancia tener como prueba adicional el certificado de la fiscalizadora María Lorena Martínez Restrepo, el cual anexó con el escrito del recurso.

Al respecto, la Sala considera que según el artículo 212 del CPACA, la solicitud de pruebas en segunda instancia, solo procede cuando: (i) las partes las pidan de común acuerdo; (ii) habiendo sido decretadas en la primera instancia se dejaron de practicar por razones no imputables a quien las pidió, y siempre que el objeto sea practicarlas, o cumplir con los requisitos que falten para su perfeccionamiento; (iii) versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir las pruebas en primera instancia, siempre que se pretenda demostrar o desvirtuar hechos; (iv) se trate de pruebas que no se pudieron solicitar en la primera instancia por fuerza mayor, o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y (v) con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4 del artículo 212 *ibidem*, las cuales se deberán solicitar dentro del término de ejecutoria del auto que las ordene.

Al efecto, se evidencia que la solicitud de pruebas del ICBF no es mancomunada con la parte demandante. Y, que dicha prueba no fue aportada en la primera instancia, ni en las demás oportunidades probatorias, razón por la cual nunca fue valorada por el *a quo*; tampoco versa sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para ser aportada, ni existe conocimiento de que su oportunidad para aportarla haya sido obstaculizada por razones de fuerza mayor o caso fortuito, de manera que el despacho constata que esta solicitud pretende revivir la etapa procesal en la que era oportuno aportar las pruebas idóneas.

En este sentido la prueba aportada se negará, por incumplir los requisitos previstos en el artículo 212 del CPACA.

3. Ahora bien, frente al fondo del asunto se considera que el artículo 2 de la Ley 27 de 1974, modificado por el artículo 1 de la Ley 89 de 1998, prevé que todos los patronos de las entidades públicas y privadas tienen la obligación de aportar el 3% del valor total de su nómina mensual de salarios, con el objeto de que el ICBF atienda la creación y sostenimiento de los centros de atención integral.

Dichos aportes se deben liquidar y pagar teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios que, según el artículo 17 de la Ley 21

de 1982, comprende la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, en los términos de la ley laboral y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Por su parte, el artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, señala que en el caso de empleados con salario integral, este concepto no está exento de parafiscales, pero sus aportes se disminuirían en un 30%. En el entendido que (i) solo los trabajadores que devengan más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) son los que podrán convenir este tipo de salario que retribuya el trabajo ordinario y que compense el valor de las prestaciones, recargos y demás beneficios, excepto las vacaciones y (ii) que el factor prestacional de estos empleados debe corresponder como mínimo al 30% de dicha cuantía.

La disminución de los aportes parafiscales señalada conllevó a múltiples acepciones, por lo que el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 interpretó con autoridad el artículo 18 *ibídem*, en el entendido «*que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%)*».

Ahora, si bien el artículo 132 del CST señala que no hace parte del salario integral lo pagado por concepto de vacaciones, ha sido criterio reiterado de esta Sección<sup>1</sup>, que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, señala expresamente que hacen parte de la base para liquidar las contribuciones parafiscales los pagos verificados por descansos remunerados de la ley. Razón por la cual, las vacaciones pagadas a los empleados con salario integral hacen parte de la base para liquidar los parafiscales.

3.1. Plantea el demandante que, por virtud del artículo 49 de la Ley 789 de 2002, la base con la que se deben liquidar los aportes parafiscales para quienes devengan un salario integral es el 70% de dicha remuneración, incluyendo las vacaciones. Posición que es controvertida por la entidad demandada que considera que el artículo 132 del CST (interpretado por el artículo 49 *ibídem*) no incluye el concepto de vacaciones dentro del salario integral, razón por la que el pago de aportes parafiscales sobre el descanso

---

<sup>1</sup> Sentencias del 17 de noviembre de 1994, expediente 5767, C.P. Consuelo Sarria Olcos; del 17 de octubre de 1995, expediente 7255, C.P. Julio E. Correa Restrepo; del 4 de diciembre de 2003, expediente 13144, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; del 25 de septiembre de 2008, expediente 16015, C.P. Ligia López Díaz; del 8 de febrero de 2011, expediente 2013, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo y del 13 de diciembre de 2017, expediente 20527, C.P. Milton Chaves García.

remunerado se liquida sobre el 100% de lo pagado.

3.2. Para determinar lo anterior, los hechos que se encuentran probados en el expediente son:

- (i) Mediante el Oficio nro. 550000-83, notificado al actor el día 14 de febrero de 2011, el ICBF solicitó a la parte demandante que remitiera información contable para verificar el pago de los aportes parafiscales del 3% de la nómina mensual de salarios a favor del ICBF, durante los periodos en discusión (fols. 249 y 250).
- (ii) El 27 de mayo de 2011, el ICBF envió a la entidad demandante invitación para regularizar los aportes parafiscales objeto de discusión (fol. 248).
- (ii) El 28 de julio de 2011, mediante el Acta de Liquidación de Aportes nro. 117997, la asesora de aportes de la Regional de Antioquia del ICBF liquidó la contribución parafiscal a favor de la entidad, que en su concepto, adeudaba el demandante por los periodos en discusión. Para el efecto, señaló que no se realizaron aportes por el 100% de las vacaciones del salario integral. (fols. 103 y 104).
- (iii) El 11 de agosto de 2011, mediante la Resolución nro. 3212, la directora de la Regional de Antioquia determinó y ordenó pagar a la demandante la suma adeudada por concepto de parafiscales al ICBF, por los periodos en discusión. (fols. 100 y 101).
- (iv) El 27 de febrero de 2012, mediante la Resolución nro. 1295, la directora de la Regional Antioquia resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra la Resolución nro. 3212, en el sentido de confirmar los actos recurridos (fols. 649 a 662).

3.3. Esta misma cuestión, frente a qué porcentaje de las vacaciones debe tomarse para calcular el valor de los aportes parafiscales en el caso de los empleados con salario integral, ya ha sido objeto de análisis y decisión por esta Sección en otros procesos. En consecuencia, la Sala reiterará aquí, en lo pertinente, el precedente judicial de las sentencias del 3 de agosto de 2016 (expediente 20697, CP: Jorge Octavio Ramírez) y del 13 de diciembre de 2017 (expediente 20527, CP: Milton Chaves García).

De acuerdo con esa jurisprudencia, la base para calcular los aportes parafiscales de empleados con salario integral es el 70% del correspondiente pago, incluyendo las vacaciones, por disposición del artículo 132 del CST y 49 de la Ley 789 de 2002, porque al no distinguir entre los conceptos pagados al empleado con salario integral, el límite del 70% debe aplicar a todos los pagos que recibe.

En ese sentido, en sentencia del 3 de agosto de 2016 (expediente 20697, CP: Jorge Octavio Ramírez), esta Sala señaló:

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, 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 luego 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].

Bajo este contexto, debe entenderse que respecto a las vacaciones, la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse teniendo en cuenta el 70% de las vacaciones pagadas, pues la (i) norma que disminuyó la base no hizo distinción frente a que pagos hacen parte del 70%, por lo que debe concluirse que es sobre todos los pagos efectuados al empleado y (ii) no existe disposición legal que ordene que se deban liquidar sobre una base mayor, como lo pretende el ICBF.

En consecuencia, desde el punto de vista del derecho aplicable, resultan infundados los alegatos del apelante, toda vez que 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 en los actos acusados.

4. Ahora, la entidad demandada aduce en el escrito de apelación que la obligación determinada en los actos acusados no correspondía solo a la determinación de los aportes respecto del valor de las vacaciones pagadas a trabajadores con salario integral, sino también a los dejados de pagar por otros conceptos, razón por la cual no procedía la nulidad total de los actos.

Al respecto, la Sala en primer lugar debe determinar si frente a los demás conceptos alegados por el ICBF los actos administrativos demandados están debidamente motivados, o por el contrario, son nulos por carencia de motivación y vulneración del derecho al debido proceso, tal como señaló la parte actora en la demanda y que no fue analizado en primera instancia porque se declaró la nulidad total de los actos por el anterior cargo.

4.1. Al respecto, la Sala señala que el artículo 1.º de la Carta consagra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando de esta forma la arbitrariedad en sus decisiones; el 29 establece el derecho fundamental al debido proceso, que debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; el 123 señala el principio democrático, como obligación que tiene las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones; y el 209 determina el principio de publicidad, entendido como el derecho de los administrados de conocer las decisiones de las autoridades para así poder controvertirlas.

Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y validez so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 137 del CPACA. Estos elementos son clasificados en internos y externos. Los primeros se refieren a las formalidades que deben tener y, los segundos, pretenden dar a conocer los motivos, objeto y finalidad, para que el administrado pueda controvertir o acogerse a lo expresado en ellos.

La falta de motivación, como presupuesto de nulidad, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dan origen a la decisión de la Administración. De acuerdo con el artículo 42 *ibídem*, los actos deberán ser motivados, una vez se haya dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles.

Así, dado que la falta de motivación de los actos en cuestión involucra los preceptos de un Estado de Derecho, los principios democráticos y de

publicidad del ejercicio de la función pública, y su ausencia implica violación al debido proceso, por no garantizar a los particulares la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativas y judiciales, y contraria la obligación expresa de motivarlos, tal vicio constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto. Como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010.

4.2. Al efecto, en el caso *sub examen* la Resolución nro. 3212 del 11 de agosto de 2011, acusada, afirmó que la demandante está en mora de pagar los aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, discriminados en el acta Liquidación de Aportes nro. 117997 del 28 de julio de 2011, que hace parte íntegra de esta liquidación.

Al respecto, el Acta de Liquidación de Aportes especificó, dentro de su motivación, que la parte actora determinó sus aportes parafiscales sobre las bases salariales del sueldo, horas extras y recargos nocturnos, vacaciones y sobresueldos, pero que *«no realizó aportes sobre los siguientes rubros: el 100% de las vacaciones de salario integral»*. A continuación, efectuó una liquidación donde establece diferencia de valores entre los montos determinados por parafiscales por el demandante y los determinados por el ICBF, señalando la fuente de la información, pero sin ninguna indicación adicional de la causa de la diferencia.

Así mismo, la Resolución nro. 1295, del 27 de febrero de 2012, que resolvió el recurso de reposición, reafirmó lo anterior en el siguiente sentido:

Que la empresa CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., identificada con Nit. 890.922.447, realiza sus aportes parafiscales sobre las siguientes bases salariales: sueldos, horas extras y recargos nocturnos, vacaciones, y salario integral. Pero no realiza los aportes parafiscales sobre las vacaciones correspondientes al salario integral sobre el 100%, ya que manifestaron al momento de la Revisión que la norma de salario integral habla de hacer aportes parafiscales sobre el 70%, por lo tanto frente a las vacaciones de salario integral realizan la liquidación sobre el mismo porcentaje.

Ahora, la Sala observa que en los antecedentes administrativos allegados por el demandando, hay un informe sobre la liquidación de los aportes parafiscales en discusión, que señala que las diferencias que arroja el acto se debe a vacaciones de salario integral y otras bases revisadas como salario, horas extras, y ARP (fol. 603). Pero, este informe, no hace parte íntegra del acto administrativo de determinación y no existe certeza de que haya sido conocido

por la demandante, toda vez que no hay constancia de su notificación.

Adicionalmente, la Sala resalta que en el escrito de contestación de la demanda, frente a los hechos aducidos por la parte actora, el ICBF no puso de presente que se estuviera debatiendo una nulidad parcial de los actos administrativos demandados, por el contrario la defensa siempre se dirigió a salvaguardar su legalidad por estar conformes al artículo 49 de la Ley 789 de 2002.

Bajo este contexto, la Sala concluye que frente a los otros conceptos presuntamente incluidos en la liquidación de aportes parafiscales de los actos acusados se configura una falta de motivación, al no expresarse las razones con fundamento en las cuales se liquidó una diferencia entre los aportes determinados por la parte actora y los liquidados por el ICBF. Así, vulnerando los principios democráticos y de publicidad de la función pública y el derecho al debido proceso de la parte actora, al impedirle efectuar una adecuada contradicción de los actos.

Por tanto, son improcedentes los cargos del apelante relacionados con la nulidad parcial de los actos administrativos demandados.

5. Por último, con relación a la condena en costas, el artículo 188 del CPACA determina que la liquidación y ejecución de la eventual condena en costas se regirá por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que:

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

Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en ninguna de las dos instancias. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición, se revocará lo decidido por el tribunal en este sentido y se confirmará en lo demás la sentencia apelada.

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:**

1. **REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada. En su lugar, sin condena en costas en la primera instancia.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
3. Sin condena en costas en esta instancia.
4. **RECONOCER** personería a la abogada Juliana Giraldo Toro como apoderada de Construcciones El Cóndor S.A., en los términos del poder que le fue otorgado.
5. **RECONOCER** personería a la abogada Yizel Roció Quijano Torres como apoderada del ICBF, en los términos del poder que le fue otorgado.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**MILTON CHAVES GARCÍA**  
Presidente de la Sala

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ      JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

