



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Magistrada Ponente (E): STELLA JEANNETE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C, JULIO 14 DE 2017

Expediente: 25000233700020140107101 (22333)
Demandante: Seguridad el Pentágono Colombiano Ltda.
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP
Auto: Apelación de la decisión que declara probada la excepción de inepta demanda.
Tema: Aportes parafiscales
Sub tema: Base gravable. Base de cotización

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por Seguridad el Pentágono Colombiano Ltda. –en adelante SEPECOL–, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, en la audiencia inicial llevada a cabo el 25 de enero de 2016, que declaró probada la excepción previa de inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad, por no haberse interpuesto y decidido los recursos que por ley son obligatorios.

I. ANTECEDENTES

- Mediante demanda presentada el 8 de septiembre de 2014, el apoderado judicial de SEPECOL solicitó la nulidad de la Liquidación Oficial No. RDO-28 del 10 de enero de 2014 y de la Resolución RDC-124 del 10 de abril del mismo año, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones – UGPP -, que liquidaron oficialmente la mora e inexactitud en la liquidación y pago de los aportes al Sistema de Protección Social de los periodos enero a diciembre de 2012, por valor de \$88.095.400.
- La demanda fue admitida en el auto del 5 de febrero de 2011, y notificada a la UGPP, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.
- La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, porque la demandante habría planteado hechos nuevos que no fueron controvertidos en el recurso de reconsideración y respecto de los que la UGPP no tuvo oportunidad de defenderse. Para explicar lo anterior, hizo la siguiente comparación:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD PLANTEADOS EN EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN	CARGOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA
1. Que la entidad, a la hora de hacer la liquidación, tomó como Ingreso Base de Cotización el total devengado de todos los trabajadores, incluyendo la liquidación de las vacaciones.	1. Inasistencia de trabajadores por licencias no remuneradas, en general lo que se denomina ausentismos en el departamento de nómina, son periodos que no hacen parte para cotizar al Sistema General de riesgos laborales, así como tampoco al sistema de subsidio familiar, al SENA y al ICBF.

<p>2. Que en virtud del artículo 192 del Código Sustantivo de Trabajo, para liquidar las vacaciones de cualquier trabajador, no se debe tener en cuenta o incluir lo correspondiente al trabajo en dominical, festivos, horas extras o trabajo suplementario.</p>	<p>2. La UGPP tomó los valores de licencias no remuneradas aportados por Sepecol y los incluyó como parte del IBC para los aportes, pese a que Sepecol realiza el pago de manera completa, esto es, tomando los 30 días como laborados a la hora de hacer aportes a salud y pensión.</p>
<p>3. Que la entidad está liquidando de manera incorrecta, toda vez que, el 95% de los trabajadores de su representada tiene como salario básico el mínimo legal mensual establecido por el gobierno nacional, por lo que no debió haber tomado el total de las acreencias laborales como ingreso base de cotización, durante los períodos en que los trabajadores disfrutaron de vacaciones.</p>	<p>3. La subdirectora de determinación de obligaciones de la dirección de parafiscales y el director de parafiscales de la unidad administrativa de gestión pensional y contribución parafiscales de la protección social (UGPP) no tenía competencia para proferir los actos demandados.</p>

- Realizado el trámite secretarial del traslado de las excepciones, y agotadas todas las actuaciones iniciales del proceso, mediante auto del 3 de diciembre de 2015 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA), llevó a cabo la audiencia inicial el 25 de enero de 2016.

En esta audiencia, el magistrado ponente saneó el proceso y declaró probada la excepción previa propuesta por la UGPP, luego de considerar que mientras que en el recurso de apelación la demandante se refirió a las vacaciones y la base de liquidación de los aportes parafiscales, en la

demanda, la actora aludió a hechos nuevos referidos a la inasistencia de los trabajadores por licencias no remuneradas y a la falta de competencia de los funcionarios que expidieron los actos demandados. Así, declaró la excepción frente a estos hechos nuevos y ordenó continuar el proceso en relación con los demás cargos.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En el término otorgado por el Tribunal en la audiencia inicial, el apoderado de SEPECOL interpuso recurso de apelación contra la decisión de declarar probada la excepción previa, y argumentó que el Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades, ha dicho que no existe un límite para proponer argumentos nuevos en la demanda. Que si bien existe un procedimiento determinado para la actuación administrativa en el que deben exponerse las razones de las partes, los argumentos propuestos en el desarrollo de la actuación administrativa no limitan al demandante para que en la demanda proponga argumentos nuevos que apoyen las pretensiones de nulidad de los actos demandados¹.

3.1. OPOSICIÓN DE LA UGPP

El Tribunal corrió traslado de la sustentación del recurso a la UGPP, quien dentro del término se opuso a los argumentos del recurso de apelación. Insistió en que la demandante controvertió hechos que no fueron alegados en la actuación administrativa.

IV. CONSIDERACIONES

¹ Tomado del CD que contiene el audio de la audiencia inicial.

Corresponde a la Sala resolver sobre el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que tomó el *a quo* en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de declarar probada la excepción de inepta demanda.

4.1. De la competencia de la Sala para resolver el recurso de apelación contra la excepción de falta de interposición de los recursos que por ley son obligatorios

De conformidad con el inciso final del numeral 6 del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con el auto de unificación del 25 de junio de 2014², proferido por la Sala Plena de esta Corporación, la providencia que decide sobre las excepciones previas es pasible del recurso de apelación o de súplica, según el caso. Así lo explicó dicha providencia:

[...] el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso...”, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por un Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque no se le pone fin al proceso– o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio–.

² Radicado 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299).

Ahora bien, tal como lo precisó la Sala Plena mediante auto del 3 de julio de 2014³, de conformidad con el artículo 125 del CPACA, por regla general, le corresponde al juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, salvo aquellos que decidan los recursos de apelación que se interpongan contra los autos enlistados en el artículo 243 del CPACA.

Así lo precisó:

“...Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 *ibídem*, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso –por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación– tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, si la providencia no declara probada la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, en el primer caso resuelto por la respectiva sala de decisión del Consejo de Estado, y en el segundo por el Consejero Ponente a quien le corresponda el conocimiento del asunto en segunda instancia.”

En ese contexto, dado que se revocará la decisión de declarar probada la excepción, la Sala Unitaria es la competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal que declaró probada la excepción.

4.2. Agotamiento de los recursos que por ley son obligatorios en la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

³ Por auto del 3 de julio de 2014, la Sala Plena de esta Corporación aclaró el tema y precisó que contra la providencia que decida las excepciones si es procedente el recurso de apelación. Magistrado ponente Enrique Gil Botero, expediente: 25000-23-36-000-2012-00395-01(49.299)

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

El agotamiento de los recursos de la actuación administrativa se constituye, pues, en un requisito previo para acudir a la administración de justicia, en procura de resolver una diferencia con la Administración.

Acudir ante la Administración para que esta revise su actuación antes de que sea llevada a juicio es un privilegio que le permite reconsiderar su decisión, modificarla o revocarla antes de ser llevada ante la jurisdicción, pero también constituye una garantía al derecho de defensa del administrado, pues puede expresar su inconformidad con el acto ante la Administración que lo creó.

Una vez se han decidido los recursos de la actuación administrativa, el administrado queda en libertad para acudir ante la jurisdicción para demandar la nulidad del acto, pero deberá impetrar las mismas pretensiones, con fundamento en las mismas razones de hecho y de derecho que presentó ante la administración. En todo caso, esos argumentos pueden ser mejorados en sede jurisdiccional.

Sobre el particular, la Sala se ha pronunciado en varias ocasiones en el siguiente sentido⁴:

⁴ Ver Auto del 3 de septiembre de 2015, dictado en el expediente 20137, demandante: Víctor Eduardo Turizo Reiné, magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

“El agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal de la acción, que se encuentra consagrado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo tal y como fue modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, en los siguientes términos:

La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

En concordancia con lo anterior, el artículo 63 ibídem, consagra como hipótesis haber decidido los recursos en la vía gubernativa, lo cual implica la existencia de una discusión previa que el peticionario ha planteado a la Administración contra el acto administrativo de carácter particular y concreto y cuya decisión por esa vía no ha satisfecho las pretensiones del contribuyente.

Ahora bien, la procedencia o no de plantear nuevos hechos de inconformidad por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es un tema que la jurisprudencia⁵ ha precisado por vía de interpretación, y en esta forma, se estructuró la tesis según la cual “Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda ante la jurisdicción no siendo viable aceptar nuevos hechos, aunque si mejores argumentos de derecho”.

Si bien es cierto que los hechos que se proponen en la vía gubernativa le imponen un marco a la demanda, en la medida en que no se aceptan nuevos hechos en la vía contencioso administrativa, porque ello atenta contra el debido proceso, también lo es, que este criterio no impide que con ocasión de la demanda se expongan nuevas argumentaciones tendientes a reforzar la petición de nulidad de los actos administrativos acusados.

En el presente asunto, el demandante trae una nueva argumentación con la cual pretende fortalecer su ataque en contra del proceder del demandado, el cargo de incompetencia del funcionario para proferir la sanción, causal que se encuentra prevista en el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. La Sala estima que en esa materia existe identidad en la pretensión, toda vez que tanto en el recurso de reconsideración como en la demanda contenciosa el contribuyente cuestiona la sanción, sólo que ante la jurisdicción señaló una nueva causal de nulidad, evento en el cual puede afirmarse que con idéntica pretensión se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la misma pretensión, la nulidad de la liquidación de revisión, sin que la demandada se vea sorprendida, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

⁵ Sentencias del 23 de marzo de 2000 (expediente 5658), del 20 de octubre de 2000 (expediente 10665) y del 23 de febrero de 1996 (expediente 7262).

Frente a la excepción declarada por el a quo, la Corporación ha expresado que es procedente que ante la justicia administrativa se traigan argumentos nuevos dirigidos a demostrar la nulidad de los actos administrativos, toda vez que en el análisis de su legalidad se estudian los fundamentos de derecho, los cuales comprenden las causales de nulidad previstas, entre otros en los artículos 730 del Estatuto Tributario y 84 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, lo que está vedado conocer a la jurisdicción son los hechos nuevos planteados en la demanda, respecto de los cuales la Administración no haya tenido la oportunidad de controvertirlos en la vía gubernativa de acuerdo con lo normado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo. De ahí que los argumentos del demandante sobre la extemporaneidad del requerimiento especial y la liquidación de revisión, no constituyen nuevos elementos fácticos o jurídicos, como quiera que desde la etapa administrativa ha objetado la validez de los actos⁶.

4.3. El caso concreto

Para decidir si se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda se pone de presente lo siguiente:

- Que mediante la Liquidación Oficial No. RDO-28 del 10 de enero de 2014, la UGPP liquidó por mora e inexactitud en las autoliquidaciones y pagos al Sistema de Protección Social (salud, pensión, ARL, Cajas de Compensación, SENA e ICBF) de los periodos enero a diciembre de 2012 aportes parafiscales en cuantía de \$88.095.400. Los fundamentos de la liquidación fueron los siguientes:

“Ajustes determinados por MORA en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social.

I. No registró pago de aportes

Es importante recordar que durante la vigencia del contrato laboral, constituye obligación del empleador realizar la afiliación a la EPS y AFP seleccionada por el trabajador, y Caja de Compensación y Administradora de Riesgos Laborales

⁶ Sentencia del 26 de septiembre de 2007, expediente 25000-23-24-000-2001-00082-01 (14847), magistrado ponente Juan Ángel Palacio Hincapié. Reiterada en el auto 20137 cit. 5.

elegida por el empleador, con independencia de que el vínculo se haya perfeccionado de manera verbal o escrita. Del mismo modo, le corresponde al empleador girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a las respectivas administradoras de cada subsistema de la protección social, con base en el salario o IBC que corresponda.

El empleador tiene el deber de descontar la parte o porcentaje del aporte a cargo del trabajador, bien sea de naturaleza obligatoria o voluntaria, y trasladar dicha suma junto con su propio aporte a la respectiva administradora en el plazo que fija la Ley para hacerlo mensualmente sin que se generen intereses de mora. Es por ello que si el pago del aporte no se realiza, existiendo la obligación de hacerlo, la consecuencia legal además de los intereses de mora que dicha conducta sanciona, consiste en que el empleador debe responder por la totalidad del aporte incluso cuando no hubiere realizado el descuento al trabajador.

Dado que el demandante no allegó a la investigación copia de planillas de aportes que desvirtúen la conducta de “No registra pago”, se confirman los ajustes determinados en el Requerimiento para declarar y/o Corregir por la suma de TRECE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE /\$13.767.800).

Ajustes determinados por INEXACTITUD en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social

ii. Registró pago de aportes por valores inferiores a los que legalmente estaba obligado en los periodos enero a diciembre de 2012, de acuerdo con la liquidación efectuada por la UGPP a partir de las pruebas recopiladas durante la investigación y los pagos reportados en la PILA.

La base para calcular los aportes parafiscales (Caja de Compensación Familiar, ICBF, SENA), es la nómina mensual de salarios, que comprende la totalidad de los pagos realizados por conceptos 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.

(...)

En el caso en estudio, el aportante SEPECOL LTDA. presentó en el proceso de fiscalización la nómina de salarios en el que registra los siguientes pagos laborales:

Conceptos de pago reportados por el aportante en nómina/contabilidad/PILA		HORAS BASE DE COTIZACIÓN			
		SALUD	PENSIÓN	ARC	PARAFISCALES
I	Conceptos de pago constitutivos de salario				
	Sueldo	X	X	X	X
	Horas extras diurnas	X	X	X	X
B	Conceptos de pago NO constitutivos de salario (*)				
	Auxilio Legal de Transporte				
	Bonificaciones no constitutivas de salario				
	Auxilio de alimentación				
II	Otros pagos laborales				
	Vacaciones disfrutadas en tiempo				X
	Vacaciones por liquidación del Contrato de Trabajo				X
	Licencias no remuneradas(**)	X	X		
	Incapacidad por riesgo común	X	X		

(*) Solo el monto que excede el 40% del total de la remuneración (Art. 30 Ley 1303 de 2010)

(**) No habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador

(...)

En el caso de marras, el aportante SEPECOL LTDA. reportó en su nómina los siguientes pagos relacionados con novedades:

Vacaciones disfrutadas en tiempo y Vacaciones por Liquidación del Contrato de Trabajo

Para determinar el IBC de Cajas de Compensación Familiar, SENA e ICBF sobre el cual calcular los aportes a pagar de algunos periodos, el aportante no tomó en cuenta el valor erogado por concepto de vacaciones.

(...)

Sin embargo, y aunque en principio las vacaciones no son factor salarial, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 establece que para efectos de la liquidación de las contribuciones parafiscales con destino al ICBF, SENA y Cajas de Compensación Familiar, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley, convencionales y contractuales.

(...)

A la luz de la jurisprudencia en cita, no hay duda que la compensación de vacaciones en dinero reconocidas en cualquier momento de la relación laboral o al final de la misma, sí forma parte del ingreso base de cotización para

calcular el pago de los aportes parafiscales al SENA, ICBF, Cajas de Compensación, justificándose de esta manera, determinar ajustes por la no inclusión de estos conceptos en el IBC.

Licencia no remunerada y otros casos de suspensión temporal del contrato de trabajo (Art. 51 C.S.T.)

(...)

Las licencias no remuneradas son aquellas que corresponden a permisos de ausencia no contemplados en la Ley, las cuales el empleador está en discrecionalidad de conceder o no. Se caracterizan por suspender el contrato de trabajo lo que implica que no hay prestación del servicio, ni pago de salarios durante dicho lapso.

Durante las licencias no remuneradas no hay lugar al pago de aportes por el afiliado, pero sí por parte del empleador así lo establece con claridad el artículo 71 del Decreto 806 de 1998.”

- Que SEPECOL interpuso de reconsideración contra la liquidación oficial. La demandante cuestionó la decisión en los siguientes términos⁷:

“1. La entidad a la hora de hacer la liquidación, tomó como ingreso base de cotización el total devengado de todos los trabajadores, incluyendo la liquidación de las vacaciones.

2. Es de anotar que en virtud del artículo 192 del código sustantivo del trabajo, para liquidar las vacaciones de cualquier trabajador, no se debe tener en cuenta o incluir lo correspondiente al trabajo en dominical, festivos, horas extras o trabajo suplementario.

3. De acuerdo a lo manifestado en el punto anterior, consideramos que la entidad está liquidando de manera incorrecta, toda vez que el 95% de los trabajadores de mi representada, tiene como salario básico el MÍNIMO LEGAL MENSUAL, establecido por el Gobierno Nacional; en este sentido, la entidad no debió haber tomado el total de las acreencias laborales como ingreso base de cotización, durante los periodos en que los trabajadores disfrutaron de vacaciones.”

- Que, por Resolución RDC-124 del 10 de abril de 2014, la UGPP confirmó la liquidación oficial y agregó lo siguiente:

⁷ Tomado del CD que contiene los antecedentes administrativos.

“4.1. De las vacaciones y el IBC para liquidar aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral.

En primer lugar, es necesario precisar que en virtud de lo previsto en los artículos 5 de la Ley 797 de 2003, el parágrafo 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y 17 del Decreto 1295 de 1994 la base para calcular las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión, Salud y Riesgos Laborales es el salario mensual, el cual bajo lo consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo –artículo 127- está compuesto por la remuneración ordinaria además de todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, de modo que, las vacaciones al concebirse como un descanso al que tiene derecho el trabajador no se incluyen dentro de la base para liquidar los aportes a Seguridad Social (salud, pensión y riesgos laborales).

(...)

a) En el caso de los descansos remunerados, es decir, las vacaciones disfrutadas, el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, ordena la cotización mientras el trabajador se encuentra disfrutando de sus vacaciones:

(...)

Por otra parte, con relación a las cotizaciones a parafiscales con destino al ICBF, SENA y Cajas de Compensación Familiar, durante el periodo de vacaciones disfrutadas, esta Unidad procedió conforme al artículo 17 de la Ley 21 de 1982, (...)

En conclusión, cuando las vacaciones son disfrutadas por el trabajador, es decir, cuando toma los quince (15) días hábiles de descanso remunerado una vez ha prestado sus servicios por un (1) año consecutivo, debe generarse el pago de los aportes a los Subsistemas de Salud y Pensión para lo cual debe observarse el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en que el trabajador hubiere empezado a gozar del descanso. Así mismo deben liquidarse y pagarse las contribuciones parafiscales entendidas estas como SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, quedando excluido el pago que debiera realizarse a la Administradora de Riesgos Laborales.

b) Sobre las vacaciones compensadas en dinero ya sea durante la vigencia del contrato o a la terminación del mismo, habrá que recordar que las vacaciones no retribuyen el servicio de modo que no se incluyen dentro de la base para liquidar los aportes a salud, pensión y riesgos laborales en los términos de los artículos 5 de la Ley 797 de 2003, el parágrafo 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y 17 del Decreto 1295 de 1994.

(...)

A fin de determinar si el libelista procedió conforme a la anterior normatividad, esta instancia procedió a verificar nuevamente en la liquidación oficial y encontró que durante el periodo objeto de fiscalización, el recurrente dejó de cumplir con lo ordenado en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, de la siguiente manera: Sobre los aportes a Cajas de Compensación Familiar, incumplió con el mandato legal en 613 de sus trabajadores; lo mismo se presentó sobre los aportes al ICBF en 582 trabajadores; y sobre los aportes al SENA en 341 trabajadores, tal y como se discriminó en el CD anexo a la Liquidación Oficial bajo estudio. En vista de que el recurrente no aportó prueba que permitiera confirmar lo contrario, los ajustes determinados por este concepto se mantienen.

Se concluye entonces que la Liquidación Oficial proferida en primera instancia, se hizo dando plena aplicación a las normas que regulan la forma de liquidar los aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales y las contribuciones parafiscales con destino al ICBF, SENA y Cajas de Compensación Familiar, por este motivo no hay lugar a realizar una nueva liquidación, ni a revocar la Liquidación Oficial como lo pretende el libelista, pues legalmente no es posible hacer la liquidación de los aportes limitándonos solamente a la asignación básica que ganan el “95% de los trabajadores” de la empresa, más aun cuando las normas de manera clara ordenan la inclusión de todos los factores que constituyen salario y los descansos remunerados bajo las circunstancias y en las condiciones contempladas en la ley.”

- Que SEPECOL presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Liquidación Oficial RDO-28 del 10 de enero de 2014 y la Resolución RDC-124 del 10 de abril de 2014. El concepto de la violación fue expuesto en los siguientes términos:

“1. INASISTENCIA DE TRABAJADORES POR LICENCIAS NO REMUNERADOS, EN GENERAL, LO QUE SE DENOMINA AUSENTISMOS EN EL DEPARTAMENTO DE NÓMINA, SON PERIODOS QUE NO HACEN PARTE PARA COTIZAR AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES, ASÍ COMO TAMPOCO AL SISTEMA DE SUBSIDIO FAMILIAR, AL SENA Y AL ICBF.

En yerro de interpretación al momento de analizar la información y las novedades pertinentes incurre la UGPP al considerar que los trabajadores que durante algún periodo en el respectivo mes tuvieron ausencia en las actividades laborales para las que fueron contratos deben cotizárseles al

Sistema de Riesgos Laborales, a la Caja de Compensación Familiar y al ICBF; es decir, pretende la fiscalización que se paguen aportes al Sistema de Riesgos Laborales por periodos que estuvo el contrato de trabajo interrumpido por ausentismos del trabajador, lo que implica que no estuvo expuesto a riesgo laboral alguno; igual suerte corren los pagos a Parafiscales (CCF, SENA e ICBF) debido a que no se generó nómina y por ende no existe obligación de realizar aportes a estos sistemas en estos periodos.

(...)

2. La SUBDIRECTORA DE DETERMINACIÓN DE OBLIGACIONES DE LA DIRECCIÓN DE PARAFISCALES Y EL DIRECTOR DE PARAFISCALES DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) NO TENÍAN COMPETENCIA PARA PROFERIR LOS ACTOS DEMANDADOS

(...)

Se vulneran los artículos 29 y 121 de la Constitución Política si el funcionario actúa sin tener la competencia expresa otorgada por una Ley expedida por el Congreso de la República, o cuando la competencia es posterior a su ejercicio.

(...)

Es decir, la Ley NO dispuso a qué funcionario le queda la competencia para expedir el “requerimiento para declarar y/o corregir”, quién profiere la “liquidación oficial”, o cual es la oficina y/o funcionario competente para resolver el “recurso de reconsideración” y las “revocatorias directas”. Lo más grave, es que tampoco se indica la manera en que se puede solicitar a los sujetos obligados a realizar aportes (empleadores, afiliados, beneficiarios, trabajadores independientes, extranjeros y demás ciudadanos) la información para la determinación de estas obligaciones; mucho menos el funcionario que tiene esta facultad.

(...)

Por todo lo expuesto, queda demostrado que la Ley no le otorgó competencia alguna a la Subdirectora de Determinación de Obligaciones de la Dirección de Parafiscales para solicitar la información que fundamentó sus decisiones ni para proferir la liquidación oficial objeto de demanda. Tampoco al Director de Parafiscales para resolver el recurso que agotó la vía gubernativa y por tanto actuaron por fuera de sus competencias legales.”

En el caso concreto está probado que la demandante presentó el recurso de reconsideración contra la Liquidación oficial RDO 028 de 2014. Lo que cuestiona la UGPP es que SEPECOL propuso en la demanda hechos y argumentos que no fueron propuestos en el recurso de reconsideración y que, por lo tanto, no se le brindó a la UGPP la oportunidad de defenderse.

Sobre el particular, la Sala considera que se debe revocar la decisión de declarar probada la excepción por falta de interposición de los recursos que por ley son obligatorios.

El hecho de que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se haya cuestionado lo relacionado con los aportes causados sobre los trabajadores que estuvieron en licencia no remunerada, no implica que se haya incluido un hecho nuevo, como equivocadamente entiende la UGPP, toda vez que ese aspecto tiene origen directo en la liquidación de los aportes en mora y de los de menor valor que, supuestamente, dejó de hacer la demandante.

En efecto, si bien la demandante presentó **argumentos** nuevos dirigidos a cuestionar la liquidación hecha en los actos administrativos demandados, lo cierto es que en esa materia existe identidad en la pretensión, toda vez que, tanto en el recurso de reconsideración como en la demanda contenciosa, la parte actora cuestionó algunos de los aspectos que tuvo en cuenta la UGPP para hacer la liquidación. En esas circunstancias, la Sala considera que, con idéntica pretensión, se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la misma pretensión, esto es, la nulidad de la liquidación oficial y de la resolución que la confirmó, motivo por el que la excepción no está llamada a prosperar.

Igualmente ocurre en el caso de la argumentación relacionada con la

incompetencia del funcionario para proferir los actos demandados, causal que se encuentra prevista en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En esta materia existe identidad en la pretensión, sólo que ante la jurisdicción señaló una nueva causal de nulidad, evento en el cual puede afirmarse que con idéntica pretensión se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la misma pretensión.

Por consiguiente, la Sala considera que no es procedente declarar probada la excepción de inepta demanda, puesto que es evidente que la parte actora se limitó a formular mejores argumentos para cuestionar los actos que liquidaron los aportes en mora y en los que la demandante incurrió en exactitud, por el periodo enero a diciembre de 20012.

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,

RESUELVE

REVÓCASE la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que declaró probada la excepción previa de inepta demanda por falta del requisito de procedibilidad, por no haberse interpuesto y decidido los recursos que por ley son obligatorios, adoptada en la audiencia inicial celebrada el 25 de enero de 2016.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO (E)