Bogotá D.C., 27 de julio de 2020

H. Magistrado
**Dr. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Carrera 2 No. 8-90
Email: rdoc03tadmtol@cendoj.ramajudicial.gov.co
Ibagué – Tolima

**REFERENCIA: CONTESTACIÓN DEMANDA**
**DEMANDANTE:** EMPRESARIOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL TOLIMA S.A. – SEAPTO S.A.
**DEMANDADA:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE PARAFISCALES DE LA PROTECCIÒN SOCIAL – UGPP.
**RADICACIÓN:** 730012333000**201900458 00**

Radicado: 2020110002262941

*CORR_NUMRAD*

Respetado Doctor,

**NELSON ENRIQUE SALCEDO CAMELO**, mayor edad, con domicilio en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.091.285 y Tarjeta Profesional de Abogado No. 143.260 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de Apoderado Especial de la entidad demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP –**, según poder conferido por la Dra. **CLAUDIA ALEJANDRA CAICEDO BORRAS**, actuando en su condición de Subdirectora General Código 40, Grado 24 de la Subdirección Jurídica de Parafiscales y conforme a Poder General contenido en la escritura pública No. 2831 del 9 de junio de 2014 de la Notaria 24 del Circulo de Bogotá D.C., por medio del presente escrito procedo a contestar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho formulado por la Dra. Elsa María García Arias en calidad de apoderada de la sociedad EMPRESARIOS DE APUESTAS PERMANENTES DEL TOLIMA S.A. – SEAPTO S.A. con NIT 890706022 de conformidad con el artículo 175 del C.P.A.C.A con fundamento en lo siguiente:

## I. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

**AL HECHO 1.** Es Cierto.[1]

**AL HECHO 2.** Es cierto el actor dio respuesta parcial a través de diferentes radicados allí relacionados. [2]

**AL HECHO 3.** Es cierto, la Unidad profirió el Requerimiento para Declarar y/o Corregir **RCD-2017-00301 del 30 de marzo de 2017**, notificado por correo electrónico el 19 de abril de 2017, tal y como consta en el certificado de entrega No. **ID: 5619431A307F63F948F8A 25B6E2D2383D423BE6F**, emitida por la empresa Certimal.[3]

**AL HECHO 4.** Es cierto, mediante radicados Nos. 201750051982442 y 201750052227872 del 30 de junio de 2017 y 25 de julio de 2017, dio respuesta al anterior requerimiento.[4]

**AL HECHO 5.** Es cierto, la Unidad profiere Resolución No. **RDO- 2017-03824 del 22 de noviembre de 2017,** mediante la cual se profirió Liquidación Oficial por inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de los aportes al Sistema de la Protección Social en los Subsistemas de Salud, Pensión, ARL y Parafiscales (ICBF, Sena y Caja de Compensación Familiar) por el periodo comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de 2013 y se sanciona por inexactitud por este mismo periodo.

Este acto fue notificado por correo certificado el 06 de diciembre de 2017, de conformidad con la guía No. RN869408241CO1, emitida por la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72. [5]

**AL HECHO 6.** Es cierto, mediante radicado UGPP No. 201850050309512 del 05 de febrero de 2018 presentó recurso de reconsideración. [6]

**AL HECHO 7.** Es cierto, el recurso de reconsideración fue admitido por el auto ADC No. 2018 00261 del 01 de marzo de 2018. [7]

**AL HECHO 8.** Es cierto, la Unidad profiere la Resolución RDC No. 2018 01656 del 12 de diciembre de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la **Resolución No RDO- 2017-03824 del 22 de noviembre de 2017.** [8]

---

[1] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "REQUERMIENTO DE INFORMACION ").*

[2] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "RAD ENTRADA").*

[3] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "REQUERIMIENTO PARA DECLARAR").*

[4] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "RESPUESTA REQUERIMIENTO PARA DECLARAR").*

[5] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "LIQUIDACION OFICIAL / LO RDO 2017-03824 Y GUIA NOTIF LO RDO 2017-03824").*

[6] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "201850050309512 RR").*

[7] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "ADMITE RR /AUTO ADC 2018 00261 DE 2018")*

[8] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada "RESOLUCION RDC 1056 DE 2018 / RDC-2018-01656")*

**AL HECHO 9.** Es cierto y se aclara que este hecho no hace parte del proceso de determinación.

**AL HECHO 10.** Es cierto parcialmente y se aclara que mediante radicado No. 2019180007007491 de 2018 se complementó la respuesta dada al aportante remitiendo la información faltante.

**AL HECHO 11.** Es cierto y se aclara que este hecho no hace parte del proceso de determinación.

**AL HECHO 12.** Es cierto y se aclara que este hecho no hace parte del proceso de determinación.

**AL HECHO 13.** Es cierto parcialmente. Mediante rad. 2019180007007491 de 2019 se da respuesta a la petición de copias formulada por la sociedad demandante.

No es cierto, que no se haya remitido los documentos por la demandante señalados en este hecho, como se puede observar en los antecedentes administrativos que se aportan se podrá verificar que se remitió la información de la actuación administrativa.[9]

Finalmente se aclara que este hecho no hace parte del proceso de determinación.

## II. ARGUMENTOS DE DEFENSA

### 1. *EN CUANTO A LOS CARGOS FORMULADOS POR EL DEMANDANTE EN EL ACÁPITE DENOMINADO: "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN".*

CARGO**: FALSA Y/O FALTA DE MOTIVACIÓN AL CALIFICAR SIN PROBAR QUE LAS BONIFICACIONES PAGADAS POR SEAPTO SON SALARIO POR SU ESENCIA; Y FALSA MOTIVACIÓN POR NO VALORAR LAS PRUEBAS ALLEGADAS EN LA VÍA GUBERNATIVA.**

**Al respecto H. Magistrado, se desestiman los argumentos expuestos por el demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:**

Sea lo primero manifestar a su H. Despacho, que estas las causales, ***i)*** **falta de motivación** y ***ii)*** **falsa motivación,** son excluyentes, dado que en un acto administrativo no se puede incurrir al tiempo, en falta y a la vez en falsa motivación, pues el primero tiene como fundamento la ausencia de motivo o argumentos, mientras que el segundo, parte de la base que el acto administrativo si se encuentra motivado, pero de manera falsa o con fundamento en hechos no probados, sin embargo como se verifica en los actos demandados y en la

[9] *(Ver antecedentes administrativos - CD anexo -, carpeta denominada " PETICION COPIAS Y RESPUESTA")*

contestación a la demanda, no está demostrado por la parte actora por ningún medio que la Unidad haya incurrido en estas causales, no obstante ello, hare un pronunciamiento sobre cada una de estas causales, como sigue:

Frente a la supuesta ***falsa motivación***, entendida como un vicio del acto administrativo que, de configurarse, es causal de nulidad absoluta del mismo, y ocurre cuando "*no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y los motivos que se aducen en el acto administrativo como fundamento de la misma, o cuando esos motivos no son reales o no existen, o están maquillados, circunstancias éstas en las cuales se presenta un vicio que invalida dicho acto*"[10].

Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado mediante radicación número 25000-23-25-000-1997-4005-01(1913-2000) del 27 de septiembre de 2001, exponiendo lo siguiente: *"(…) La falsa motivación que vicia de nulidad un acto, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error en que pueda incurrirse en la parte considerativa de éste. (...)".*

De igual manera, mediante radicación número 25000-23-27-000-2005-00279-01(16772) del 16 de septiembre de 2010, el mismo órgano jurisdiccional expuso lo siguiente:

> *"(…)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.(…)".*

De la jurisprudencia expuesta, se extrae que la falsa motivación del acto administrativo como causal de nulidad del mismo, requiere de dos elementos: (i) que los motivos que se exponen en el acto administrativo no correspondan con la realidad, es decir, sean falsos, tergiversados o no hayan ocurrido, y (ii) que estos sean determinantes en la decisión que adoptó la Administración.

Siguiendo lo anterior, es pertinente recordar que la motivación del acto administrativo es un requisito material u objetivo de éste, conforme al cual las causas del mismo deben corresponder a los supuestos de hecho y de derecho de cada caso.

Sobre el particular, la doctrina especializada ha señalado[11]:

---

*[10] Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, Referencia:10010327000201000000100 del 13 de junio de 2012.*
*[11] BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Quinta Edición, Editorial: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá – abril de 2009, página 129.*

> *"La validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan o deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata de un requisito material y objetivo, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso."*

Por su parte, el Dr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, en su libro, Tratado de Derecho Administrativo II, P. 401 señala:

> *"La falsa motivación de los actos administrativos ha sido entendida como aquella modalidad de vicio del acto que se caracteriza fundamentalmente por una* ***evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica*** *que induce a la producción del acto, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública"*

Por ello el vicio de falsa motivación, afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.

Es entonces cuando la causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.

Así frente a la afirmación de la parte actora de que la Unidad no tuvo en cuenta y no valoró el material probatorio allegado al proceso de determinación relacionado con los pactos de exclusión salarial, dicha afirmación no es cierta como se desvirtúa a continuación, veamos:

En primer lugar, se ha se informar al Despacho que la Unidad mediante requerimiento de información No. 20146201658851 del 24 de abril de 2014, solicitó la información y documentos necesarios para verificar la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones al Sistema de la Protección Social por los periodos de enero 2011 a diciembre de 2013, acto que fue notificado por correo el día 2 de mayo de 2014, emitida por Servicios Postales Nacionales S. A. 4-72, la información que se solicitó fue la siguiente:

la unidad
DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES

1. Balances de prueba de los periodos solicitados con las siguientes condiciones:

- A máximo nivel auxiliar.
- Con corte anual por los periodos que conforman años completos (enero a diciembre) y/o con corte mensual por los periodos que conforman años parciales.
- Debe contener las cuentas de balance y de resultados antes de cierre contable.
- Certificados por el representante legal y contador público o revisor fiscal si está obligado a tenerlo.
- En medio magnético, formato Excel.

2. Auxiliares de las cuentas contables relacionadas con la causación y pago de la nómina y de las cuentas contables de servicios y diversos, con las siguientes condiciones:

- Detallados por mes y por tercero.

- Certificados por contador público o revisor fiscal si está obligado a tenerlo.
- Si los auxiliares no se encuentran por tercero (trabajador), anexar el reporte del consolidado de nómina para cargue a contabilidad detallado por concepto.
- En medio magnético, en formato Excel con la siguiente estructura:

| No. Cuenta contable | No. Identificación beneficiario | Nombre beneficiario | Concepto | Año | Mes | Valor | Descripción |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | | |

3. Nóminas mensuales de salarios con las siguientes condiciones:

- En medio magnético, en el formato Excel que se encuentra en la página web www.ugpp.gov.co\Parafiscales\Requerimiento de información\Formato Nómina salarios, y según el instructivo que hace parte del mismo.
- Consolidada por mes.
- Debe incluir todos los conceptos devengados, monetarios y no monetarios.
- Debe incluir tanto los trabajadores activos como los retirados que hayan estado activos en los periodos solicitados.
- Certificadas por el representante legal y contador público o revisor fiscal si está obligado a tenerlo.
- Si tiene software de nómina, anexar la parametrización de las cuentas contables asociadas a los conceptos de la nómina (reporte generado por el sistema).

4. Libro mayor y balances de los periodos solicitados, con corte anual, en medio magnético.

5. Si la empresa tiene vinculados aprendices del SENA, copia de los respectivos contratos de aprendizaje en medio magnético.

6. Si la empresa tiene vinculados pensionados por vejez activos, copia de las respectivas resoluciones de reconocimiento de la pensión en medio magnético.

7. Si la empresa tiene trabajadores extranjeros que no estén cotizando a pensiones en el país, copia del documento de identidad del trabajador y del contrato de trabajo u orden de prestación de servicios y constancia de aportes a pensiones en el país de origen, en medio magnético.

8. Copia de las convenciones, pactos colectivos o similares, vigentes en los periodos antes citados, si existieren.

9. Si la empresa tiene la nómina tercerizada o contratada, fotocopia del contrato y certificación emitida por la empresa contratista, en la que se indique vigencia y objeto del mismo.

10. Relación de las planillas PILA mediante las cuales se efectuó el pago de aportes, la cual debe ser enviada en medio magnético, en formato Excel con la siguiente estructura:

| Número de planilla | Periodo de pago | Fecha de pago | Total Pagado |
|---|---|---|---|
| | | | |

11. Otros documentos o información adicional que estime pertinente para verificar el pago de aportes al Sistema de la Protección Social, detallada por periodo y trabajador.

12. En caso de autorizar la notificación electrónica, formato debidamente diligenciado.

La información solicitada en el presente Requerimiento de Información deberá ser radicada en la Calle 19 No. 68A – 18 de la ciudad de Bogotá D.C., y enviada al correo electrónico contactenos@ugpp.gov.co, dentro de los siguientes quince (15) días calendario a partir de la notificación del mismo, dirigida a la Subdirección de Determinación de Obligaciones de la Dirección de Parafiscales, e indicando: número del radicado del requerimiento, número del expediente (7082), NIT y razón social, y la respuesta a cada uno de los numerales contenidos en el requerimiento.

Como se verifica en el requerimiento de información se solicitó al actor, toda la información concerniente a la nómina, contabilidad y certificaciones correspondientes a fin de realizar la verificación de la correcta, oportuna y completa autoliquidación y pago de aportes por la sociedad demandante, quien procedió a dar respuesta de manera parcial al requerimiento, por lo que fue necesario requerirla a fin de que entregará toda la información en los términos requeridos por la Unidad.

No obstante, con la información recopilada la Unidad encontró hallazgos en la autoliquidación y pago de aportes al Sistema de la Protección Social, razón por la cual se profirió el requerimiento para Declarar y/o Corregir RCD-2017-00301 del 30 de marzo de 2017, en el que se propusieron las siguientes conductas:

I. *Mora: No pagó los aportes de algunos trabajadores en los periodos enero, marzo a julio y septiembre a diciembre de 2013, de acuerdo con lo reportado en la PILA.*
II. *Inexactitud: Realizó el pago de los aportes por un valor inferior a los que legalmente le correspondía, en los periodos enero a diciembre de 2013.*

Ahora bien, la Unidad en liquidación oficial RDO 2018 03824, procedió a analizar toda la información y pruebas allegadas al proceso de determinación, y allí se indicó lo siguiente (pág. Y ss)

> ***4.1.1 Ajustes propuestos por MORA[12] en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social.***
>
> ***-Mora:*** *No pagó los aportes de algunos trabajadores en los periodos enero, marzo a julio y septiembre a diciembre de 2013, de acuerdo con lo reportado en la PILA.*
> *(…)*
> *Los pagos realizados con las planillas que anteceden, ocasionan que los ajustes propuestos por la conducta de MORA en el requerimiento para declarar y/o corregir, desaparecen en su totalidad.*

[12] La mora es el retardo o tardanza en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social.

*En conclusión, de los valores propuestos en el requerimiento para declarar y/o corregir para esta conducta, desaparecen ajustes por valor de* ***DOS MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL CIEN PESOS M/CTE ($2.814.100)****.*

*El resultado del análisis realizado en esta instancia del proceso y las conclusiones del mismo se detallan en el archivo de Excel contenido en el CD adjunto, que hace parte integral de la presente resolución."*

Ahora bien, sobre los ajustes por inexactitud, se preciso lo siguiente (pag. 16 y ss).

**"4.1.2. Ajustes propuestos por INEXACTITUD[13] en el pago de los aportes al Sistema de la Protección Social.**

***-Inexactitud:*** *Realizó el pago de los aportes por un valor inferior a los que legalmente le correspondía, en los periodos enero a diciembre de 2013.*

*En el requerimiento para declarar y/o corregir se evidenció que EL APORTANTE presentó en el proceso de fiscalización los siguientes pagos laborales:*

| ***Pagos reportados por el aportante en nómina/contabilidad*** | | | | ***INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (*)*** | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | ***Pago registrado en la nómina/contabilidad del aportante*** | ***Denominación equivalente Unidad*** | ***Salud*** | ***Pensiones*** | ***Riesgos Laborales*** | ***Parafiscales*** |
| ***I*** | ***Pagos constitutivos de salario*** | *15. Valor pagos que conforman el IBC para contribuciones parafiscales de la protección social salario* | *SUELDO* | *X* | *X* | *X* | *X* |
| | | *Dominicales y Festivos* | *DOMINICAL* | *X* | *X* | *X* | *X* |
| | | *Festivos* | *FESTIVO* | *X* | *X* | *X* | *X* |
| ***II*** | ***Pagos NO constitutivos de salario (**)*** | *Auxiliar 510551 Dotación* | *OTROS PAGOS NO DETALLADOS EN NOMINA* | *X* | *X* | *X* | |
| | | *Auxiliar 51056301 Capacitación al personal* | *AUXILIOS EDUCATIVOS TRABAJADORES* | *X* | *X* | *X* | |
| | | *Auxiliar 51059501 Otros* | *OTROS INCENTIVOS* | *X* | *X* | *X* | |
| | | *Auxiliar 52059501 otros* | | | | | |
| | | *Auxiliar 51052701 Auxilio transporte* | *AUXILIO DE TRANSPORTE ESPECIAL, LEGAL Y/O EXTRALEGAL* | *X* | *X* | *X* | |
| | | *Auxiliar 52052701 Auxilio transporte* | | | | | |

[13] Hay inexactitud cuando se presenta una diferencia entre el valor declarado y pagado en la autoliquidación de aportes y los aportes que efectivamente el aportante estaba obligado a declarar y pagar.

| Pagos reportados por el aportante en nómina/contabilidad | | | | INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (*) | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | Pago registrado en la nómina/contabilidad del aportante | Denominación equivalente Unidad | Salud | Pensiones | Riesgos Laborales | Parafiscales |
| | | Auxiliar 51054501 Auxilios | OTROS AUXILIOS | X | X | X | |
| | | Auxiliar 52054501 Auxilios | | | | | |
| | | Auxiliar 52351001 Temporales | OTRAS PRIMAS | X | X | X | X |
| III | **Pagos reportados por el aportante como NO constitutivos de salario pero determinados por la Unidad como constitutivos de salario en el requerimiento para declarar y/o corregir** | Auxiliar 51054801 Bonificaciones | BONIFICACIONES SALARIALES SEGÚN UGPP | X | X | X | X |
| | | Auxiliar 51054802 Bonificaciones | | | | | |
| | | Auxiliar 52054802 Bonificaciones | | | | | |
| | | Auxiliar 52950501 Comisión Colocadores | NO INCLUYO EN IBC PAGOS CONSTITUTIVOS DE SALARIO NI OTROS PAGOS IDENTIFICADOS POR LA UGPP COMO SALARIALES | X | X | X | X |
| IV | **Otros pagos laborales- Novedades** | 16. Valor incapacidades | INCAPACIDAD | X | X | | |
| | | 17. Número días incapacidades | DIAS INCAPACIDAD | X | X | | |
| | | 22. Valor vacaciones disfrutadas en tiempo | VACACIONES DISFRUTADAS EN TIEMPO Y/O DINERO / VACACIONES DEC. 806/98 | | | | X |
| | | 25. Valor vacaciones compensadas en dinero durante vigencia del contrato | | | | | |
| | | 23. Fecha de inicio vacaciones | DÍAS VACACIONES DISFRUTADAS | | | | X |
| | | 24. Fecha final vacaciones | | | | | |
| | | Valor vacaciones compensadas en dinero por terminación del contrato | VACACIONES PAGADAS X LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO | | | | X |

*(*) Los pagos marcados con X son los que conforman el IBC para cada uno de los subsistemas*

*(**) Solo el monto que excede el 40% del total de la remuneración (Art. 30 Ley 1393 de 2010)*

*Tal y como se manifestó para la objeción anterior para los trabajadores para los cuales el aportante allego material probatorio idóneo, suficiente y útil, esta unidad procede a realizar las*

*modificaciones a que haya lugar, ocasionando que para algunos trabajadores los ajustes desaparezcan o disminuyan.*
*(…)*

De acuerdo con lo anterior, la Unidad en la liquidación oficial tuvo como pagos salariales los sueldos, dominicales y festivos, por otra parte de acuerdo a las facultades de determinación prevista en la Ley, si bien el aportante reportó como no salariales algunas bonificaciones, comisión colocaciones - mi representada da su habitualidad y el carácter retributivo del servicio, cambio a salarial; de igual forma reportó como no salariales auxilios educativos trabajadores, otros incentivos, auxilio de transporte especial, legal y/o extralegal, otros auxilios, otras primas y otros pagos no detallados en nómina, todo esto, atendiendo la información que el aportante reportó y probó en la actuación y en este sentido fueron aceptados por la Unidad.

Ahora bien, en la resolución RDC 2018 01056 de 2018, se procedió a estudiar las objeciones presentadas por el actor en el recurso de reconsideración, manteniéndose algunos ajustes dado que no se aportó material probatorio que permitiera cambiar la naturaleza salarial respecto de algunos conceptos; mientras que para otros,en la medida que se allego el pacto de desalarización, se cambió de naturaleza salarial a no salarial, sin embargo dicho pago quedó sujeto a la restricción contenida en el art. 30 de la ley 1393 de 2010, como pasa a verse a continuación:

*"Auxilio de rodamiento.*
*Posición que no es compartida por este Despacho, por cuanto, estas sumas corresponden a pagos no salariales, sujetos a la aplicación de lo señalado en el artículo 30 de la ley 1393 de 2010, cabe resaltar que aun cuando el aportante acordó que los pagos rodamientos no corresponden a pagos salariales, tampoco allegó prueba que llevara a esta Entidad a concluir que los pagos corresponden a* ***GASTOS DE OPERACIÓN,*** *y que los mismo fueron pagados a un tercero, por el contrario, en los auxiliares contables se evidencia el pago de dichos emolumentos a los trabajadores discutidos."*

Como se observa, en este aspecto la Unidad cambio su posición y cambio la naturaleza inicialmente dada a este concepto de salarial **a no salarial sujeto al art. 30 de la ley 1393 de 2010**, ello en atención a que no se probó que estos pagos se realizaran a un tercero, por el contrario de los soportes allegados, se pudo determinar que el pago se realizó al trabajador.

Igualmente se indicó que:

*"Por lo anteriormente expuesto considera el Despacho que solo podrá tenerse en cuenta el pacto de exclusión salarial sobre los pagos por concepto de bonificación y que las sumas reconocidas a título de comisión por cumplimiento de ventas continuarán conservando su carácter salarial, por tal razón no será posible modificar*

*ajustes en esta instancia si el ajuste obedece a que la empresa no incluyó en la base de cotización los pagos por concepto de esta comisión.*

*Así las cosas, por tratarse del pago de una bonificación por cumplimiento de ventas no por mera liberalidad como lo indica la norma, corresponden a pagos salariales ya que es otorgada como contraprestación directa del servicio.*

*Adicionalmente, revisado en el Plan de incentivo de ventas, se relaciona un Asesora Gana día, y el pago de un sorteo diario, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: a) El presupuesto venta diario de chance y recargas b) Que mi número de la suerte caiga con la lotería del día, pues bien, como se observa dicho premio está sujeto a la zar, sin embargo, en la contabilidad allegada no se relacionó claramente que trabajadores ganaron dicho premio, ni bajo que nombre se encuentran registrados.*

*Así las cosas, las bonificaciones denominadas de productividad se tienen como salariales."*

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la Unidad en la medida que el aportante allego las pruebas pertinentes y conducentes y que permitieron verificar los pactos de exclusión salarial, los aceptó y dio aplicación al art. 30 de la ley 1393 de 2010.

De igual forma, de acuerdo a las facultades de determinación con las cuales fue dotada la Unidad y que se encuentran consagradas en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto Ley 169 de 2008, el artículo 29 de la Ley 1393 de 2010, el artículo 227 de la Ley 1450 de 2011, los artículos 178, 179 y 180 de la Ley 1607 de 2012, Decreto ley 169 de 2008, decreto 575 de 2013 y demás disposiciones legales y reglamentarias, logró establecer que ciertos pagos que realizaba el empleador a sus trabajadores, fueron acordados como no salariales, contraviniendo el art. 53 de la C.P., y el código sustantivo de trabajo que establecen que no es posible desconocer que la naturaleza de un pago es eminentemente salarial, los clausulas que pacten lo contrario, son ineficaces por ser contrarias a la constitución y la ley.

Sobre el tema se pronunció el H. Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia del 8 de julio de 2010, Rad. No. 2006-01547 (17329), Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, en la que precisó:

*"Ahora bien, aunque la actora demostró con los contratos laborales[14] que los pagos por bonificaciones no eran factor salarial, pruebas que no fueron controvertidas por la DIAN, su argumento en los actos acusados para rechazar la deducción tuvo como sustento la sentencia del 3 de julio del 2002[15] de esta Corporación y las siguientes conclusiones:*

*(i) Está demostrada la habitualidad de las bonificaciones, porque se contabilizan mensualmente y se pagan trimestralmente.*

*(ii) Las bonificaciones están en la primera parte del artículo 128 C.S.T. y, de acuerdo con la norma, para que no sean salario deben ser ocasionales.*

[14] *Folios 293 a 327 c.a.*
[15] *Exp. 12744, C.P. Dra. Ligia López Díaz.*

*(iii) La mera liberalidad del empleador para reconocer las bonificaciones desvirtúa que sean necesarias para la producción de la renta, presupuesto que impide tenerlas como una expensa deducible.*

*(…)*

*La contribuyente afirma que lo estipulado en los contratos laborales, respecto de las bonificaciones que no constituyen salario, se sustenta en lo dispuesto en el artículo 128 C.S.T., subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que señala lo siguiente:*

***ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.*** *<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Subrayas fuera de texto).*

*Respecto de la anterior disposición, el Legislador expidió una norma interpretativa, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, también invocada por la actora, en la que dispuso:*

*ARTÍCULO 17. Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993. (Subrayas fuera de texto).*

*Esta Corporación, con la expedición del precepto transcrito, ha precisado que la interpretación propuesta por el legislador del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, permite excluir de la base para liquidar los aportes parafiscales los pagos que hayan sido acordados entre empleadores y trabajadores, como no constitutivos de salario[16].*

*Ahora bien, contrario a lo afirmado por la actora, los argumentos de la DIAN en los actos acusados para rechazar la deducción se han fundamentado en la habitualidad de las bonificaciones reconocidas a sus empleados y, por tal razón, ese aspecto fue analizado en la sentencia apelada.*

[16] *Sentencia de 3 de julio del 2002, Exp. 12744, C.P. Dra. Ligia López Díaz*

*No obstante lo anterior, esta Corporación advierte, que tanto la Administración Tributaria como el a quo, no interpretan el artículo 128 C.S.T. conforme lo establecido en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996.*

*En efecto, el artículo 128 C.S.T. establece las características de diferentes pagos que realiza el empleador que no son constitutivos de salarios, así:*

*1. Las sumas que **ocasionalmente y por mera liberalidad** recibe el trabajador del empleador.*
*2. Lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio sino para desempeñar sus funciones.*
*3. Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales **acordados convencional o contractualmente** y otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto **expresamente**.*

*Las bonificaciones que son objeto de controversia en el sub examine, corresponden a aquellas que COLPOZOS pactó expresamente en los contratos laborales que serían reconocidas a sus trabajadores y que no serían factor salarial.*

*Sin embargo, la demandada encuadró tales pagos en la primera parte del artículo 128 C.S.T., porque fueron denominadas contractualmente como "bonificaciones" y respecto de ellas la norma exige que para que no constituyan salario deben ser pagadas ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador. En el caso, como se estableció que el pago de las bonificaciones fue habitual y no ocasional, la DIAN concluyó que eran salario, según el artículo 127 C.S.T.[17], apoyado además, en lo que sobre el tema de bonificaciones se analizó en la sentencia del 3 de julio de 1996, antes citada.*

*Para la Sala, el análisis jurídico y probatorio que realiza la Administración carece de sustento fáctico y legal.*

*Lo anterior, porque la demandante probó que las bonificaciones habían sido expresamente acordadas en los contratos laborales como factores no constitutivos de salario, lo que las ubica en lo dispuesto en el aparte final de la norma.*

***Además, el artículo 128 C.S.T. debe interpretarse según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, que permite a los empleadores acordar con sus trabajadores los pagos que no constituyen salario dentro de la relación laboral, sin que allí se hayan señalado o indicado taxativamente los beneficios que podían o no excluirse del factor salarial**.*

***Entonces, con la interpretación propuesta por el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, es suficiente con que se demuestre la existencia de un acuerdo, bien sea convencional o contractual, en el que las partes hayan estipulado expresamente que determinados***

---

*[17] ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

***pagos no constituyen salario, para que puedan ser excluidos válidamente de la base para liquidar los aportes*** *y ello no sea requisito para solicitar su deducción.*

*Además, no es aplicable al caso, lo considerado por esta Corporación en la sentencia del 3 de julio del 2002, pues aunque en ella se discutió si las bonificaciones extralegales que pagaba la sociedad actora en ese proceso a sus trabajadores, eran o no salario, el análisis de la Sala se hizo con fundamento en la primera parte del artículo 128 C.S.T. Es decir, se estudió si eran pagadas ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador, porque sobre tales bonificaciones no existía acuerdo contractual ni convencional entre las partes en la relación laboral. Lo anterior, demuestra que la situación fáctica que fue valorada en la mencionada sentencia, es diferente a la que se analiza en el sub examine."* (Destacado por este Despacho)

Inclusive, debería señalarse que si bien es cierto que el artículo 17[18] de la Ley 344 de 1996, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 128 del C.S.T., establece que aquellos acuerdos que se realicen en virtud del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no hacen parte de la base para liquidar los aportes destinados a SENA, ICBF, ESAP, Régimen de Subsidio Familiar y contribuciones al Sistema de Seguridad Social, esto no significa que cualquier concepto pueda ser incluido como NO salarial para efectos de sustraerse de la obligación de pagar los aportes parafiscales. En efecto, si el pago cumple los requisitos para ser considerado como salarial, en la medida en que es reconocido como contraprestación del servicio y se concede con carácter de habitualidad, dicho pago no puede ser pactado como no salarial porque desnaturaliza su esencia como pago salarial. Al respecto tómese en cuenta que el articulo 128 cuando trata los pactos de desalarización a titulo enunciativo indica que pueden ser objeto de ellos "…*la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones de servicios o de navidad…"*

Nótese que los conceptos "…*bonificaciones por indicadores organizacionales, comisiones, prima de productividad…" no* pueden ser considerados como no salariales porque con ellos se reconoce la contraprestación del trabajador de manera directa por sus servicios en razón a su productividad, labor que está íntimamente ligada a la actividad que desarrollan, retribuyendo el servicios prestado, por ende no puede desconocer su carácter salarial.

Bajo esta interpretación que quiere dar la parte actora, a través de los pactos de desalarización no es dable ni darle la naturaleza de no salarial a un concepto que por su propia naturaleza atiende criterios para ser considerado como salarial y pretender con esto evitarse el pago de los aportes parafiscales.
Esta interpretación cobraría total importancia, teniendo en cuenta que está en juego, entre otros aspectos, los que inciden en la pensión del beneficiario del aporte que pretende

[18] *"**ARTÍCULO 17.** Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993. (…)"*

recortarse y en últimas en un Sistema de Seguridad equitativo y garantista por el que debe propenderse.

En consecuencia, los pagos que en todos los casos tengan una naturaleza salarial, deberían hacer parte del IBC para liquidar las contribuciones parafiscales de la Protección Social, en especial teniendo en cuenta los principios de primacía de la realidad y proporcionalidad del salario del artículo 53 de la Constitución Política de acuerdo con el cual el salario debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo desempeñado.

En el mismo sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[19] ha sido enfática en sostener que las partes en el contrato laboral no les está permitido desconocer el carácter salarial de los pagos que tengan dicha naturaleza so pena de ineficacia de las cláusulas que le nieguen tal carácter:

> *"Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.*
>
> *Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.*
>
> *Así, por ejemplo, en sentencia del 10 de diciembre de 1998, Rad. 11.310, la Corte sostuvo:*
>
> *"Una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo la facultad de determinar, que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales. Naturalmente ello no comporta que se permita desnaturalizar el carácter salarial de beneficios que por ley claramente tienen tal connotación, pues dicha estipulación no consagra una libertad absoluta sino limitada a los fines y eventos previstos por vía de ejemplo en la norma y a aquellos que configuren situaciones análogas".*

[19] Sala Laboral, Sentencia del 1 de febrero de 2011, demandante: Humberto Agudelo López, demandado: Corporación Deportiva Once Caldas, Radicación 35.771, Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza.

*Y en fallo de casación del 10 de julio de 2006, Rad. 27.325, sostuvo:*

*"De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por salario "no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

*"Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de trabajo suplementario, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio o en las ventas realizadas por el trabajador. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz."*

Conforme a lo expuesto se advierte que si bien según los artículos 128 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 de la Ley 344 de 1996 las partes están en libertad de pactar que determinados pagos no tengan carácter salarial para efectos de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, **no pueden desconocer que si éstos retribuyen directamente el servicio prestado por el trabajador deben considerarse como salariales y hacer parte del IBC para liquidar las contribuciones parafiscales de la Protección Social, en especial teniendo en cuenta los principios de primacía de la realidad y proporcionalidad del salario del artículo 53 de la Constitución Política de acuerdo con el cual el salario debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo desempeñado, por lo que no es razonable que el concepto pactado como salarial resulte considerablemente inferior frente a lo pactado en apariencia como salarial** hecho este que corroboró la Unidad en ambas resoluciones, luego de analizado el material probatorio obrante en el expediente.

De otra parte, solicito a su H. Despacho tener en cuenta el principio de Favorabilidad consagrado para los trabajadores en el artículo 53 de la C.N., el cual, establece lo siguiente:

***"ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*
*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*
*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."*

El H. Consejo de Estado al referiste sobre el principio de favorabilidad consagrado en el art. 53 de la C.N., en sentencia de fecha febrero dieciséis (16) de dos mil seis (2006), radicado número: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), señaló lo siguiente:

*"Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular:*

> *De otra parte,* ***considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla.*** *En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.*
>
> *De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente,* ***sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad,*** *ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.(Sentencia C-168 de 20 de abril de 1995)." (negrilla fuera del texto original)*

Todo esto, para solicitarle de manera respetuosa H. Magistrada, que ante cualquier duda en las situaciones planteadas o insuficiencia de las pruebas allegadas al proceso, las mismas deben interpretarse y valorarse a favor de los trabajadores y buscando el amparo de sus derechos relacionados con las contribuciones parafiscales, como lo dispone la Carta Magna.

Ahora bien, **es importante mencionar que la Ley 1393 de 2010 introdujo un límite a las sumas no constitutivas de salario al prohibir que excedan el 40% del total de la remuneración.** Esta restricción es solo para aquellos pagos que por su naturaleza no sean retributivos de la prestación directa del trabajador y para los casos donde si bien el pago corresponde a uno de naturaleza no salarial, los valores que excedan ese tope deben incluirse en el IBC, para efectos de pagos a seguridad social.

El artículo 30 de la Ley  la Ley 1393 de 2010 *"Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones",* prescribe:

> ***"**Artículo  30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, **los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.**" (Subraya y negrilla fuera del texto)*

La Unidad en la Liquidación Oficial respecto los pactos de desalarización en la medida que fueron debidamente probados, sin embargo los mismos hicieron parte del análisis para la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, los pagos no salariales que excedieron el 40% del total de la remuneración, se tuvieron en cuenta para calcular el IBC para calcular los aportes al Sistema de Protección Social.

Es así como el entonces Ministerio de la Protección Social en el Concepto No. 101294 del 12 de abril de 2011, en relación con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 manifestó lo siguiente:

> *"La norma preinserta establece una clara prohibición en el sentido de que para los efectos de la determinación del ingreso base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, los pagos no constitutivos de salario no podrán exceder el 40% del total de la remuneración.*
>
> *Ahora bien para determinar el alcance de la expresión "pagos no constitutivos de salario" contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, debe tenerse en cuenta el contexto de la norma de la cual hace parte, así como el sentido general de la Ley 1393 de 2010.*

*En cuanto al contexto de la norma, es importante recordar que ella está ubicada en el capítulo de la Ley 1393, denominado "Medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes", **lo cual implica que su propósito no es el de modificar o redefinir ni el concepto de salario ni el de ingreso base de cotización**, sino el de **evitar algunas conductas o actuaciones de los empleadores y/o trabajadores que puedan llegar a tener por efecto reducir la base de sus aportes al Sistema Integral de Seguridad Social**. Por ello, debe partirse de la premisa de que para el correcto entendimiento de esta disposición, **las normas que resultan en primera lugar aplicables son los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.***

*El artículo 127 del CST establece la definición general de salario vigente en el derecho colombiano, el cual incluye "todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio".*

*Por su parte, el artículo 128 del CST define los pagos que no se consideran salario y al respecto establece:*
*(…)*

*Se infiere de las normas citadas que el concepto general de salario incluye toda contraprestación directa por el servicio, pero no forman parte del mismo ni las prestaciones sociales ni los demás emolumentos percibidos por el trabajador, cuando las partes han acordado expresamente que éstos no constituyen salario.*

*(…)*

*Por lo tanto, el alcance de la expresión "pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares" contenida en el artículo 30 de la 1393 de 2010, debe entenderse en el marco del artículo 127 y 128 del CST y de las Sentencias C- 710 de 1996 y C-510 de 1995 de la Corte Constitucional que declararon su exequibilidad, norma ésta en virtud del cual el legislador autoriza a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones; sin embargo y para efectos del pago de aportes del Sistema General de Seguridad Social por disposición expresa del legislador, éstos pagos no podrán superar el 40% del total de la remuneración.*
*(…)*

*En este orden de ideas, y **para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, los empleadores al momento de efectuar la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, deben verificar que los pagos no constitutivos de salario, de acuerdo con la definición que de los mismos establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no superen el tope del 40% del total de la remuneración; de ser así, las sumas que superen dicho monto se tendrán en cuenta como parte del Ingreso Base de Cotización –IBC- para el pago de los aportes a los Sistema de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales.** A modo de ejemplo:*

*Un trabajador dependiente, recibe por concepto de salario básico mensual un valor de $1.000.000.oo y además recibe un pago no constitutivo de salario por valor de $800.000,oo, siendo la cotización de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 la siguiente*

| | |
|---|---|
| *Salario Mensual (Art. 127 CST)* | *$1.000.000.oo* |
| *Pago no constitutivo de Salario (art. 128 CST),* | *$ 800.000.oo* |
| *TOTAL REMUNERACIÓN* | *$1.800.000.oo* |
| *40% aplicado a la remuneración (art. 30 L. 1393/10* | *$ 720.000.oo* |
| *Valor superior al 40%* | *$ 80.000.oo* |
| ***Ingreso Base de Cotización- IBC-** Salario Mensual más valor superior al 40%* | ***$1.080.000.oo*** |

*En nuestro ejemplo el Ingreso Base de Cotización a los Sistema de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales corresponderá a $1.080.000.oo valor que resulta de la suma del salario mensual y el monto de los pagos no constitutivos de salario que excede el 40% del total de la remuneración en aplicación de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010." (Negrilla y subraya fuera del texto original).*

De igual manera, el Ministerio de Trabajo ha sido claro en señalar que los beneficios o auxilios en los términos del artículo 127 y 128 del C.S.T., se pueden pactar como no salariales, pero sólo para efectos de liquidación y pago de prestaciones e indemnizaciones, **debiéndose respetar por disposición expresa del legislador, el tope del 40% del total de la remuneración**, así por ejemplo en el concepto número 1479214 del 25 de junio de 2013, señaló:

***"En este orden de ideas, y para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, los empleadores al momento de efectuar la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, deberá verificar que los pagos no constitutivos de acuerdo con la definición de que los mismos establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo no superen el 40% del total de la remuneración, de ser así, las sumas que superen dicho monto se tendrán en cuenta como parte del Ingreso Base de Cotización – IBC – para el pago de los aportes al sistema de salud, pensiones y riegos Profesionales. (…)".*** *(Resaltado fuera del texto original).*

Nótese que acá el Ministerio es contundente en señalar que los empleadores al momento de efectuar la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, deberán verificar que los pagos no constitutivos de salario **no superen el 40% del total de la remuneración**, ya que las sumas que lo superen se deberán tener en cuenta para el pago de los aportes a los subsistemas de Salud, pensión y riegos laborales, que fue lo que precisamente interpretó y aplicó mi representada en la Liquidación Oficial, por tanto no hay lugar a la prosperidad de los cargos planteados por la parte actora.

De conformidad con lo anterior, mi representada en ejercicio de sus facultades de determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de los aportes al Sistema de la Protección Social – siendo su esencia y naturaleza de creación- a verificar que la hoy demandante hubiere respetado el tope legal establecido en la Ley 1393 de 2010, toda vez que estos valores irradian de manera directa en la determinación del IBC al momento de efectuar el pago correcto de los aportes.

Sobre este aspecto, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, Expediente 2015 01896 Dte: HMV Ingenieros Ltda. Vs. UGPP, M.P. Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado, sobre este aspecto, puntualizó:

> *"De lo expuesto con anterioridad se derivan para la Sala las siguientes reglas interpretativas aplicables al caso concreto: (i) el pago de todo aquello que constituye salario corresponde al Ingreso Base de Cotización sobre el cual el empleador, en cualquier caso, deberá liquidar y pagar los aportes al sistema de la protección social, (ii) las sumas por concepto de bonificaciones, auxilios o beneficios acordados contractualmente no constituyen salario siempre y cuando las partes lo hayan dispuesto expresamente, correspondiendo al aportante demostrar la existencia de tales estipulaciones y al fallador evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago obedece a una compensación ordinaria a la labor del trabajador, caso en el cual sobre ellos deberán realizarse los aportes correspondientes, y (**iii) en todo caso, la inclusión en el IBC de pagos no salariales no podrá exceder el 40% del total de la remuneración."** (Resaltado propio)*

En sentencia del 16 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000233700020160135900, M.P. Dra. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda, Demandante Fundación Universitaria los Libertadores contra la UGPP, puntualizo:

> No obstante lo anterior, en el evento en que los pagos no constitutivos de salario superen el 40% del total de la remuneración, el valor excedente sí hace parte del Ingreso Base de Cotización de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, que a la letra reza:
>
> > **«*ARTÍCULO 30.* Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración».**
>
> En ese orden de ideas, aun cuando la norma permite que algunos factores salariales no constituyan salario para efecto de la liquidación y pago de los aportes al Sistema de la Protección Social, no es menos cierto que el legislador estableció que dichos pagos no pueden superar el 40% del total de la remuneración, de tal manera que, la suma por concepto de pagos no constitutivos de salario que se hagan a favor del trabajador y que supere dicho límite, hará parte integrante del ingreso base de cotización para efectos de li liquidar las prestaciones sociales y demás derechos laborales.

Se resalta igualmente que el art. 30 no hace ninguna distinción entre los pagos no constitutivos de salario que son cancelados a sus trabajadores en vigencia de la relación laboral, pues de forma clara hace referencia y ordena que los pagos no salariales que

superen el 40% deberán hacer parte del IBC, sin que establezca o clasifique que pagos deben hacer parte y cuáles no le es aplicable la norma, basta con ostente la connotación salarial para que ingresen a forma parte del IBC, cuando superen el tope de la norma.

De conformidad con lo anterior, es claro que, si bien entre empleador y trabajador pueden pactar que ciertos emolumentos no constituyan salario, dicho pactos deben estar acorde o acuerdo no pueden superar el tope del 40% de los pagos, salariales pues su excedente deberá hacer parte del IBC para efectos de las cotizaciones a salud, pensión y riesgos laborales.

Téngase en cuenta además, que el legislador con la expedición del art. 30 de la ley 1393 de 2010, busco poner un freno a los empleadores en el sentido evitar que siguieran evadiendo y eludiendo los pagos a seguridad social bajo pagos no constitutivos de salario, dentro los cuales daban diferentes denominaciones a los pagos para no incluirlos en el IBC, afectando con ello, no solo los derechos de los trabajadores, sino el Sistema de la Protección Social en cuanto su ingresos y sostenibilidad del mismo.

En el caso bajo estudio, como se indicó en líneas anteriores, la Unidad tuvo como pagos no salariales los **conceptos auxilios educativos trabajadores, otros incentivos, auxilio de transporte especial, legal y/o extralegal, otros auxilios, otras primas y otros pagos no detallados en nómina,** por lo que no le asiste la razón a la parte actora, cuando indica que la Unidad no valoró las pruebas aportadas.

En conclusión, las sumas de dinero canceladas a los trabajadores como no constitutivas de salario no pueden sobrepasar el límite del 40% del total de la remuneración, dado que su excedente se debe tener en cuenta para determinar el Ingreso Base de Cotización a los subsistemas de la Protección Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales, y por ello en el proceso de fiscalización se realizaron ajustes, al detectar la inexactitud en la autoliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en que había incurrido la sociedad demandante.

Todo lo anterior, contrario a lo afirmado por el actor, quien ha vulnerado el espíritu de justicia ha sido el actor, quien abusando de lo previsto en el art. 128 del C.S.T., ha querido desalarizar, lo que por ley no se puede cambiar, dada su naturaleza y, en segundo lugar a través de los pactos de desalarización busco reducir a su mínima expresión con el pago de aportes de sus trabajadores al Sistema de la Protección Social, olvidando que existe una norma que establece un límite a este practica indebida, por ello, la Unidad de acuerdo a sus facultades, determinó que se incurrió en inexactitud y procedió a efectuar los ajustes correspondientes, encontrándose reflejados en la liquidación oficial demandada.

En conclusión no es cierto que la Unidad no haya valorado el material probatorio que el actor arrimo al proceso de fiscalización, todo lo contrario de la lectura de los actos demandados, se verifica su análisis y aceptación, ahora que no se acoja la tesis de la parte

actora en el sentido de que los pagos no salariales no hace parte del IBC para salud, pensión y riesgos laborales en contravía del precitado art. 30, ello no conlleva a que no se haya valorado el material probatorio allegado por el demandante a la actuación administrativa.

- Falta de motivación:

**Al respecto H. Magistrado, se desestiman los argumentos expuestos por el demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:**

De la lectura de los actos administrativos demandados, podemos encontrar H. Magistrado, que en la parte considerativa se hace un recuento y análisis de la normatividad que regula cada uno de los Subsistemas de Seguridad Social (Salud, Pensión, Riegos Laborales, Cajas de Compensación, Sena e ICBF), allí se explica la forma como se determina el Ingreso Base de Cotización a la luz de lo previsto en los Art. 127 y 128 del C.S.T., y del porcentaje que debe pagar el trabajador y el empleador para cada uno de estos regímenes o subsistemas.

De igual manera, la Unidad al expedir la Liquidación Oficial analizó y explicó las novedades en los aportes que se puedan presentar en desarrollo del vínculo laboral, y que incidían en los ajustes efectuados al aportante, a saber: incapacidades, periodos de vacaciones, entre otros.

En los actos administrativos la Unidad cuantificó cada uno de los ajustes, explicando la forma en que se establecieron los mismos. Igualmente, verificó, analizó y valoraron todas las pruebas que suministró la sociedad demandante en desarrollo del proceso de Fiscalización (balances, nominas mensuales, auxiliares de cuenta, certificaciones expedidas por contador público y revisor fiscal, declaraciones de renta y planillas Integradas de liquidación de aportes – PILA), de esta documentación se estableció si hubo o no pago de aportes al sistema por la totalidad de trabajadores y sí para el cálculo del IBC, se tuvo en cuenta la totalidad de ingresos salariales pagados al trabajador, así como el exceso del 40% previsto en el art.30 de la Ley 1393 de 2010.

Tanto en la liquidación oficial, como en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, de manera detallada se estudió cada uno de los pagos reportados como o salariales a sus trabajadores y de allí se puedo establecer la existencia de los pactos de exclusión salarial y en esa media fueron aceptados y para los que no se aportó prueba se tomó como salariales, para otras bonificaciones dada su habitualidad y naturaleza del pago, fue tomada como salarial, así por ejemplo, las bonificaciones por productividad y bonificación por indicador organizacional , las cuales retribuyen el servicio del trabajador e ingresa a su patrimonio, motivo por el cual no puede ser catalogado como un pago no salarial.

En cuanto al auxilio por rodamiento, si bien en un comienzo fue catalogado como salarial, al resolver el recurso de reconsideración, se cambió a un pago de carácter no salarial, sujetándolo a las previsiones del art. 30 de la ley 1393 de 2010.

Se analizó y verificó lo atinente a si el demandante dio correcta aplicación al artículo 70 Decreto 806/1998, esto es, si tuvo en cuenta las vacaciones disfrutadas y compensadas a fin de determinar el IBC.

Respecto a las cotizaciones efectuadas sobre IBC inferiores a los registrados en nómina, se revisaron los conceptos reportados en las nóminas, encontrando que el aportante no realizó las cotizaciones de manera correcta, toda vez que no involucró la totalidad de los conceptos reportados como pagos en las nóminas, por lo tanto su declaración deviene inexacta, así las cosas se confirmaron los ajustes establecidos en el Requerimiento para Corregir y/o Declarar.

De igual manera en la Resolución que resuelve el recurso, la Unidad hizo un estudio, análisis y valoración de todos y cada uno de los argumentos plantados por el demandante con ocasión de la presentación del recurso de reconsideración, así como de la pruebas arrimadas con éste, así por ejemplo, se hizo una comparación de las planillas aportadas con el recurso con los ajustes determinados en la liquidación, con lo cual se corroboró que efectivamente algunos aportes habían sido pagados por el aportante, las cuales fueron aplicadas, lo cual se tradujo en la desaparición y disminución de algunos ajustes.

En consecuencia, podemos evidenciar que no le asiste razón a la parte actora cuando pretende configurar una falta de motivación, ya que de la lectura de los fundamentos de los actos administrativos demandados, se advierte que, contrario a lo manifestado, si cumplen con los requisitos previstos en el artículo 712 del Estatuto Tributario Nacional, ya que en ambas se explicaron las razones por las cuales debían modificarse las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en las que la sociedad demandante incurrió en inexactitud, aspectos que se discriminaron en el CD anexo y que hace parte integrante de la Liquidación Oficial, en el cual como se ha explicado, aparecen discriminada la relación de trabajadores frente a los cuales se les aplicó el ajuste y los valores que fueron tenidos en cuenta para liquidar la base de las contribuciones.

Por otro lado, en sede jurisprudencial se ha manifestado en varias oportunidades que la falta de motivación debe entenderse como la ausencia de los sustentos argumentativos o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para la toma de decisiones por parte de la Administración. Sobre la falta de motivación del acto, en sentencia T-709 de 2010 la Corte Constitucional indicó:

> *"…La jurisprudencia constitucional, a partir de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, estableció* ***la falta de motivación de las decisiones judiciales, entendiendo aquella como la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones***

***aplicadas para dirimir la controversia,*** *como un criterio específico autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a la complejidad del asunto, las materias alegadas y los hechos del caso. De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar.* ***En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración..."*** (Resaltado propio)

En la Liquidación oficial se establece de manera clara, detallada y precisa que las conductas detectadas frente al pago de aportes al sistema de la protección social y parafiscales por parte de la empresa, que inicialmente eran **mora e inexactitud** por los periodos 01/01/2013 a 31/012/2013. La conducta mora desaprecio al momento de proferir liquidación oficial, lo cual evidencia que mi representada si analizó y valoró el material probatorio que allego al proceso de determinación.

Se resalta igualmente que una vez analizadas estas conductas a la luz de la información aportada por el hoy demandante, dado el volumen de la información, fue necesario consolidarla y detallarla en el archivo Excel obrante en el CD anexo a la liquidación a quien se le indicó que hacía parte integra de ese acto administrativo, individualizando la información de manera precisa para cada trabajador, los periodos, el IBC, pagos salariales y no salariales reportados por la empresa.

El Archivo Excel contiene una explicación sobre los valores que fueron tenidos en cuenta para liquidar la base de las contribuciones del Sistema de la Protección Social, comparo el valor declarado en PILA con el valor determinado por la Unidad, a partir del cual se estableció si existe una diferencia entre ellos, observación que se coloca frene a cada trabajador, es decir la razón del ajuste, si este persiste, disminuye o desaparece según lo probado por el actor.

Como queda sustentado, el acto administrativo que se demanda se encuentra más que motivado, se expidió con fundamento en hechos ciertos, pertinentes y soportado con las pruebas allegadas a la investigación adelantada por la Unidad y en él se encuentra una explicación sobre los valores que fueron tenidos en cuenta para liquidar la base las contribuciones al Sistema de Protección Social y los ajustes que se realizaron para cada uno de ellos, con lo cual se reitera que está debidamente motivado el acto y que además no hubo vulneración del derecho de defensa.

Por otro lado, en cuanto a la inspección tributaria solicitada, es del caso señalar que ésta de acuerdo con lo preceptuado en el art. 779 del E.T., es que de su lectura, señala que la "*administración* ***podrá*** *ordenar la práctica de inspección tributaria, para verificar la exactitud de las*

*declaraciones, para establecer la existencia de hechos gravables declarados o no, y para verificar el cumplimiento de las obligaciones formales.",* esta prueba es facultativa de ser decretada o no por la administración, por lo que en mi representada en su autonomía decidió por solicitar toda la información en el requerimiento de información a fin de ser valorada, de igual manera el hoy demandante tuvo la oportunidad de presentar la información con la respuesta al requerimiento para Declarar y/o corregir y el recurso de reconsideración, con lo cual se observa que tuvo sin número de oportunidades para ejercer su derecho defensa y no trasladar esta carga a la administración, de tener que volver a decretar esta prueba para solicitar la misma documentación frente la cual se tuvo varias oportunidades para ser presentada al proceso de fiscalización, por lo que tiene cabida las alegaciones de la parte actora.

Por otra parte, no puede confundir la parte actora las facultades de fiscalización con las cuenta la Unidad, en donde a través de la diferente información que se solicita y aporta, se procede a realizar la verificación de la correcta, oportuna y completa autoliquidación y pago de aportes, sin embargo, la Unidad no cuestiona la contabilidad de la empresa y esta es o no llevada en debida forma, mi representada solo toma la información allí consignada a fin de establecer hechos generadores en materia de seguridad social, lo cual se logra haciendo la comparación con la nomina y PILA, pues de la solo el análisis de la contabilidad, seria imposible encontrar un hallazgo en este tema.

Cargo: **"II. LAS COMPENSACIONES IMPUGNADAS SON NO SALARIALES POR SU NATURALEZA EXTRALEGAL Y PORQUE NO RETRIBUYEN DE FORMA DIRECTA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PERSONALES DE LOS EMPLEADOS, Y ADEMÁS FUERON PACTADOS COMO NO SALARIALES DENTRO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y EN CONSECUENCIA NO SON BASE GRABABLE DE LA SEGURIDAD SOCIAL."**

**Al respecto H. Magistrado, se desestiman los argumentos expuestos por el demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:**

Sobre este asunto, debe tenerse en cuenta que conforme se explicó precedentemente en el acápite de "ANTECEDENTES GENERALES DE LA UGPP", ésta Unidad fue creada con competencias y funciones especificas de ***efectuar tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la existencia de hechos que generen obligaciones en materia de contribuciones parafiscales de la protección social y de proferir las liquidaciones oficiales que podrán ser utilizadas por la propia UGPP o por las demás administradoras o entidades del Sistema de la Protección Social***.
De la misma manera estableció que, puede pronunciarse sobre la naturaleza de los pagos que los aportantes alegan como no salariales, en el entendido de que esa decisión es

necesaria para la determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la protección social.

En efecto, la competencia otorgada a la UGPP, la faculta para definir lo que es salario e incluir en el marco del proceso de determinación oficial dentro del IBC aquellos pagos que ostenten tal condición si el aportante así no lo hizo, lo anterior atendiendo la autonomía de las autoridades tributarias en ejercicio de sus competencias que tal como lo ha entendido el Consejo de Estado Sección Cuarta en sentencia del 1º de noviembre de 2012 proferida dentro del expediente 25000232700020050132 3-01 (17786), conlleva la posibilidad de revisar el carácter salarial o no salarial de los pagos realizados a los trabajadores al exponer:

> *"La sentencia transcrita permite advertir la gran dificultad que tiene la definición de salario, ora para efectos laborales ora para efectos tributarios. Pero como, precisamente, la discusión puede darse para uno u otro efecto,* ***tanto las autoridades tributarias, cuando inician las actuaciones administrativas encaminadas a formular liquidaciones oficiales de revisión de impuestos, como la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando controla esas actuaciones, tienen competencia para valorar si determinada erogación laboral tiene o no el carácter de salario, y sin perjuicio de la competencia que le corresponde a la jurisdicción ordinaria****. Esto no significa que determinadas erogaciones laborales puedan tener un carácter distinto dependiendo de la autoridad administrativa o judicial que analice la naturaleza de la expensa, pues, por seguridad jurídica, cualquiera de las citadas autoridades está conminada a valorar los casos concretos, atendiendo los principios constitucionales que, como se vio, orientan la definición del salario, y aquellas reglas o criterios que haya trazado el legislador para los mismos fines. Le corresponde, entonces, a las partes en litigio, suministrar los elementos probatorios y de juicio que permitan a las autoridades judiciales aplicar, en cada caso concreto, los mentados principios, reglas y criterios constitucionales y legales."*

**De acuerdo con lo anterior, se ha de indicar que el ingreso base de cotización para determinar los aportes a los subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo corresponde al salario mensual; y para el régimen de Subsidio Familiar al total de la nómina mensual, es decir, al total de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos que integran el salario en los términos de la ley laboral y a los descansos remunerados, razón por la cual debemos remitirnos a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo normas que, en su orden, establecen:**

> *"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de*

*descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." (Subrayas y negrillas de esta Dirección)*

*"**ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS**. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, **cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie,** tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad." (Resaltado fuera del texto original)*

Respecto de la anterior disposición, el legislador expidió una norma interpretativa, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, también invocada por la actora, en la que dispuso lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 17.** Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993."*

Con sujeción a lo dispuesto en la ley laboral, constituye salario, en general, toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador y no hacen parte de éste, los siguientes conceptos: (i) Las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador; (ii) Lo recibido por el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio o para enriquecer su patrimonio sino para el desempeño de sus funciones; y (iii) Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente y que se otorgan en forma extralegal, **cuando las partes lo hayan dispuesto expresamente.**

De acuerdo con lo anterior, tenemos que entre empleador y trabajador se pueden pactar ciertos conceptos que no sean constitutivos de salario, bien sea en dinero o en especie, siempre y cuando **así lo dispongan las partes de manera expresa**, es decir, dicho acuerdo debe ser claro y exacto y no debe dar lugar a dudas de lo que allí se pacta, así dispone el artículo 128 del C.S.T, por tanto la facultad que tienen los contratantes para pactar cuáles pagos constituyen salario y cuáles no, no es absoluta y no pueden

interpretarse de tal forma que implique total discrecionalidad para negar la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.

Si bien es cierto que el artículo 17[20] de la Ley 344 de 1996, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 128 del C.S.T., establece que aquellos acuerdos que se realicen en virtud del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no hacen parte de la base para liquidar los aportes destinados a SENA, ICBF, Régimen de Subsidio Familiar y contribuciones al Sistema de Seguridad Social, esto no significa que cualquier concepto pueda ser incluido como NO salarial para efectos de sustraerse de la obligación de pagar los aportes parafiscales. En efecto, si el pago cumple los requisitos para ser considerado como salarial, en la medida en que es reconocido como contraprestación del servicio y se concede con carácter de habitualidad, dicho pago no puede ser pactado como no salarial **porque desnaturaliza su esencia** como pago salarial.

De manera que en los pactos de desalarización no es dable ni darle la naturaleza de no salarial a un concepto que por su propia naturaleza atiende criterios para ser considerado como salarial y pretender con esto evitarse el pago de los aportes parafiscales.

En conclusión, La Unidad en ejercicio de sus competencias está facultada para adelantar los procesos de determinación y puede establecer si los conceptos pagados cumplen o no con los criterios para ser considerados como salariales o no.

En es orden d ideas, conforme se expuso en la oposición al cargo anterior, la Unidad respetó los pactos de desalarización en la medida en que fueron debidamente probados en desarrollo de las actuación administrativa y en los casos en los que no se tuvieron como salariales dichos pagos, en otros casos, dada la naturaleza del pago, la cual era eminentemente salarial, debió darse esta connotación, dado que la cláusula de exclusión salarial no tiene eficacia ni validez.

Ahora bien, el demandante menciona cinco trabajadores en el escrito de la demanda, los cuales tienen pagos por concepto de “Bonificaciones salariales según ugpp”, para verificar el alegato del actor, se hace la revisión de la información allegada en la respuesta al Requerimiento para Declarar y/o Corregir Rad. 201750051982442, verificándose que no esta respuesta no se allegaron los contratos de trabajo o pactos de desalarización de los pagos que discute el actor.

Por su parte al revisar la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, como se expuso en la oposición al cargo anterior, los pagos recibidos por estos trabajadores son por productividad, pagos que fueron considerados como salariales dada su naturaleza como ya se explicó.

A continuación, se procede a realizar la explicación de la forma como se determinó el IBC para estos trabajadores, veamos:

**A continuación, se expone la información reportada en la nómina por el aportante:**

Se verifican los conceptos de pago realizados en la nómina encontrada en el radicado 201670011195392 archivo OFICIO DE INCONSISTENCIAS

| 1. Tipo de vinculación laboral | 5. Tipo de documento de identificación del trabajador (pago de aportes) | 6. Documento de identificación del trabajador (pago de aportes) | 7. Nombre del trabajador | 8. Cargo del trabajador | 9. Fecha de vinculación | 10. Fecha de retiro | 11. Año nómina | 12. Mes nómina | 14. Número de dias trabajados | 15. Valor pagos queconforman el IBC para contribuciones parafiscales de la protección social salario | Dominicales y festivos | 28.Total dias reportados |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| CONTRATO LABORAL | CC | 28799662 | TORRES CASTAÑO VIVIANA | ASESOR DE VENTA, | 10/08/2006 | 0/01/1900 | 2013 | 2 | 30 | 589500 | 68776 | 30 |
| CONTRATO LABORAL | CC | 28699391 | LOZANO RODRIGUEZ MONICA GISELA | ASESOR DE VENTA, | 6/05/2010 | 0/01/1900 | 2013 | 2 | 30 | 589500 | 68776 | 30 |
| CONTRATO LABORAL | CC | 28880399 | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | ASESOR DE VENTA, | 2/03/2009 | 0/01/1900 | 2013 | 4 | 30 | 589500 | 34388 | 30 |
| CONTRATO LABORAL | CC | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | ASESOR DE VENTA, | 2/10/2006 | 0/01/1900 | 2013 | 2 | 30 | 589500 | 68776 | 30 |
| CONTRATO LABORAL | CC | 52775182 | VERGARA CASTRO DIANA CAROLINA | ASESOR DE VENTA, | 16/11/2006 | 0/01/1900 | 2013 | 3 | 30 | 589500 | 68776 | 30 |

**Información encontrada en los libros auxiliares:**

Se verifican los conceptos de pago realizados a los siguientes trabajadores, en los libros auxiliares encontrados en el radicado 201670011195392 archivo ANEXOS:

| CUENTA | NOMBRE DE CUENTA | IDENTIFICACION DEL BENEFICIARIO | NOMBRE | MES | AÑO | VALOR | BENEFICIARIO FINAL | IDENTIFICACIÓN | TOTAL CONCEPTO UGPP |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 51054801 | BONIFICACIONES | 28799662 | TORRES CASTAÑO VIVIANA | 2 | 2013 | 50.000 | | | |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 28799662 | TORRES CASTAÑO VIVIANA | 2 | 2013 | 11.357 | | | 94.657 |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 28799662 | TORRES CASTAÑO VIVIANA | 2 | 2013 | 33.300 | | | |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 28699391 | LOZANO RODRIGUEZ MONICA GISELA | 2 | 2013 | 8.250 | | | 8.250 |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 28880399 | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | 4 | 2013 | 44.115 | | | 51.515 |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 28880399 | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | 4 | 2013 | 7.400 | | | |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | 2 | 2013 | 25.350 | | | |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | 2 | 2013 | 7.659 | | | 50.509 |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | 2 | 2013 | 17.500 | | | |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 52775182 | VERGARA CASTRO DIANA CAROLINA | 3 | 2013 | 9.275 | | | 22.675 |
| 52054802 | BONIFICACIONES NO SALARIAL | 52775182 | VERGARA CASTRO DIANA CAROLINA | 3 | 2013 | 13.400 | | | |
| 52052701 | AUXILIO DE TRANSPORTE | 28880399 | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | 4 | 2013 | 35.250 | | | 70.500 |
| 52052701 | AUXILIO DE TRANSPORTE | 28880399 | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | 4 | 2013 | 35.250 | | | |
| 52052701 | AUXILIO DE TRANSPORTE | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | 2 | 2013 | 35250 | | | 70.500 |
| 52052701 | AUXILIO DE TRANSPORTE | 51673020 | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | 2 | 2013 | 35250 | | | |

Matemáticamente este es el cálculo del IBC para el subsistema de salud para los trabajadores mencionados en la demanda:

| Cuadro Explicativo del Calculo | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Trabajador | TORRES CASTAÑO VIVIANA | LOZANO RODRIGUEZ MONICA GISELA | FANDIÑO VARGAS DIANA MABEL | VALENCIA BETANCOURT MARTA EUGENIA | VERGARA CASTRO DIANA CAROLINA |
| **Subsistema** | **Pensión** | **Pensión** | **fsp** | **Salud** | **Pensión** |
| Periodo | feb-13 | feb-13 | abr-13 | feb-13 | mar-13 |
| Dias trabajados | 30 | 30 | 30 | 30 | 30 |
| **Pagos Salariales: Sueldo + Dominical + Bonificaciones salariales según ugpp** | **752.933** | **666.526** | **675.403** | **708.785** | **680.951** |
| **Pago Vacaciones Disfrutadas, liquidació de contrato o compensadas** | | | | | |
| Pagos No salariales sujetos al exceso art. 30 Ley 1393/10 (Auxilio de transporte especial, legal y/o extralegal) | | | 70.500 | 70.500 | |
| **Total Remunerado** | **752.933** | **666.526** | **745.903** | **779.285** | **680.951** |
| **Total Exceso = Total pagos no salariales menos 40% total remunerado** | **0** | **0** | **0** | **0** | **0** |
| **IBC Liquidado Reconsideración (Pagos salariales + Total Exceso)** | **753.000** | **667.000** | **675.000** | **709.000** | **681.000** |
| Aporte Liquidado Reconsideración Tarifa 12,5% / pagos salariales | 94.100 | 83.400 | 84.400 | 88.600 | 85.100 |
| Total Aporte Liquidado Renconsideración | 94.100 | 83.400 | 84.400 | 88.600 | 85.100 |
| Aporte Pagado Reconsideración | 82.200 | 82.200 | 78.000 | 82.200 | 82.200 |
| Ajuste Aporte Reconsideración | 11.900 | 1.200 | 6.400 | 6.400 | 2.900 |
| | | | | | |
| Ajuste final Recurso de reconsideración SQL Excel | 11.900 | 1.200 | 6.400 | 6.400 | 2.900 |

Se detalla el cálculo realizado por la unidad para el trabajador Torres Castaño Viviana mes de febrero de 2013:

**IBC SALUD** = Sueldo $589.500 + Dominical $68.776 + Bonificaciones salariales según ugpp $94.657 = **$752.933,** se aproxima a múltiplos de $1.000, de acuerdo con las reglas de pila

**IBC final** = $753.000

Se concluye, que la Unidad realizó correctamente el cálculo del IBC teniendo en cuenta la información de nómina y soportes allegados al proceso de fiscalización, los pagos por productividad mencionados por el demandante, los cuales confirman el carácter retributivo de estos pagos, los cuales no fueron tenidas en cuenta en el cálculo del IBC. El ajuste resultante se generó al comparar el aporte liquidado a la tarifa del subsistema con los pagos realizados en la PILA que para este caso fueron por menor valor, teniendo como resultado ajuste de inexactitud.

**Nótese que de las cláusulas que transcribe el actor en la demanda y de los contratos aportados que no existe claridad frente a que bonificaciones son las que se excluyen como salariales y en cuanto al auxilio de rodamiento se tomó como no salarial, sujeto a la aplicación del art. 30 de la ley 1393 de 2010, razón por cual no le asiste la razón al actor, cuando pretende que confundir al despacho al señalar que este emolumento fue tomado como salarial, cuando en realidad ello no fue así.**

De lo expuesto, la Unidad ante la carencia de material probatorio y claridad en la cláusulas relativas a los pagos no constitutivos de salario, no le fue posible concluir que la pactó con todos sus trabajadores cláusulas de desalarización, en primer lugar, porque no allegó al proceso de fiscalización la totalidad de los contratos celebrados entre las partes y, en segundo lugar, porque de las pruebas de los contratos entregadas se evidenció que se **pactara o acordara en forma expresa** la exclusión de sumas de dinero como no salariales,

conforme lo prevé el artículo 128 del C.S.T., por tanto no es viable acceder a las pretensiones del actor.

Al respecto es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 742 del ordenamiento tributario, disposición que nos resulta aplicable por la remisión expresa del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 a las normas del Estatuto Tributario, específicamente al Libro V títulos I, IV, V Y VI, donde se encuentra inmersa esta normativa.

> ***Art. 742. Las decisiones de la administración deben fundarse en los hechos probados.***
> *La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.*

Conforme con el artículo 742, las decisiones de la Administración Tributaria deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el expediente por los medios señalados en la ley. En materia tributaria, después de que la administración ha propuesto la modificación de las autoliquidaciones mediante la expedición del requerimiento para declarar y/o corregir le corresponde al aportante la carga de la prueba, de manera que debe allegar los soportes correspondientes respecto de las afirmaciones que señala; Dado que en el caso de estudio **de manera alguna durante el proceso de determinación y discusión de las obligaciones y aún con la acción judicial el aportante acreditó lo señalado en la acción contenciosa respecto a los pactos de desalarización acordados con su trabajadores,** la administración amparada en lo previsto en el artículo 742 del ordenamiento fiscal determinó las obligaciones con base en la información que fue suministrada por el mismo aportante en respuesta al requerimiento de información, en consecuencia no hubo vulneración alguna del debido obrar de la administración atendiendo precisamente los hechos demostrados en el respectivo expediente y que no se encuentran desvirtuados por el aportante.

En este sentido ha señalado el Consejo de Estado lo siguiente:

> *"De conformidad con los artículos 684, 684-1 y 742 del Estatuto Tributario, las decisiones que adopte la DIAN deben fundamentarse en los medios de prueba que obren dentro del proceso, y las únicas pruebas válidas son las que se pidieron, practicaron o aportaron oportunamente.*
> *El artículo 743 ibídem establece la tarifa legal de prueba para ciertos casos y precisa que la eficacia de cada medio de prueba depende del cumplimiento de los parámetros fijados por la ley.*
> *En el presente caso, la Administración no vulneró el derecho al debido proceso de la sociedad, ya que la información contable que permitió a la DIAN efectuar las modificaciones que ahora se controvierten provino de la compañía y fue suministrada*

*con ocasión de la respuesta al requerimiento ordinario de información y de los autos de verificación o cruce*."

Igualmente en sentencia de marzo 24 de 2011, MP CARMEN TERESA ORTIZ, señaló:

*"Al respecto el artículo 742 del Estatuto Tributario dice que "La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto estos sean compatibles con aquellos" y el artículo 743 del mismo Estatuto establece que la idoneidad de los medios de prueba estriba, en la exigencia que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y, a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuirles, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo cual concuerda con lo expresado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil en relación con el mismo tema, así:*

*"Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

*El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".*

*Así las cosas, la Administración o el interesado podrán recolectar o aportar los medios de prueba a su alcance o de los terceros con los que efectuó las transacciones que consideren conducentes para llevar al convencimiento de la existencia o no de dicha obligación, correspondiéndole al funcionario competente estimar el valor probatorio correspondiente."*

Por tanto, la omisión y pasividad probatoria del aportante no puede ser trasladada a la Unidad, quien como se anotó, con el ánimo de esclarecer los hechos objeto de investigación, decretó pruebas de oficio con el fin de obtener la información que permitiera establecer la existencia o no de estos pactos, carga probatoria que estaba en cabeza del aportante, a quien le correspondía desvirtuar las imputaciones hechas en relación con la mora e inexactitud en la autoliquidación del pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.

III. Cargo: **improcedencia de la sanción por inexactitud.**

Aduce la parte actora que en la investigación no se logra motivar por parte de la administración las causales por la cuales se imputa la sanción propuesta.

**Al respecto H. magistrado se desestima el cargo con fundamento en las siguientes consideraciones:**

Frente a la supuesta vulneración del artículo 647 del Estatuto Tributario, es claro que el libelista confunde la sanción por inexactitud prevista para los **impuestos** cuya fiscalización, revisión o determinación corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, con la sanción por inexactitud prevista frente al pago de las **contribuciones** especiales con destino al Sistema de la Protección Social, prevista en las normas especiales que a continuación se analizan, previo el análisis del mencionado artículo 647 del Estatuto Tributario, el cual es del siguiente tenor:

> *ARTICULO 647. SANCIÓN POR INEXACTITUD. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior.*
>
> *La sanción por inexactitud será equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, determinado en la liquidación oficial, y el declarado por el contribuyente o responsable. Esta sanción no se aplicará sobre el mayor valor del anticipo que se genere al modificar el impuesto declarado por el contribuyente.*
>
> *Sin perjuicio de las sanciones de tipo penal vigentes, por no consignar los valores retenidos, constituye inexactitud de la declaración de retenciones en la fuente, el hecho de no incluir en la declaración la totalidad de retenciones que han debido efectuarse, o el efectuarlas y no declararlas, o el declararlas por un valor inferior. En estos casos la sanción por inexactitud será equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) del valor de la retención no efectuada o no declarada.*
>
> *En el caso de las declaraciones de ingresos y patrimonio, la sanción por inexactitud será del veinte por ciento (20%), de los valores inexactos por las causales enunciadas en el inciso primero del presente artículo, aunque en dichos casos no exista impuesto a pagar.*
>
> *La sanción por inexactitud a que se refiere este artículo, se reducirá cuando se cumplan los supuestos y condiciones de los artículos 709 y 713.*
>
> *No se configura inexactitud, cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias, se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las Oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.*

*PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 28 de la Ley 1393 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Las inconsistencias en la declaración del impuesto de renta y complementarios derivadas de la información a que hace referencia el parágrafo 1o del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 sobre aportes a la seguridad social será sancionable a título de inexactitud, en los términos del presente Estatuto Tributario.*

El texto de la anterior disposición reviste suficiente claridad para determinar que se trata de una sanción por inexactitud en la declaración de **impuestos** en las declaraciones o informes que se presenten a las Oficinas de **Impuestos**, es decir, la norma anterior no previó su alcance a otro tipo de tributos como las contribuciones especiales con destino al Sistema de la Protección Social, sobre lo cual debe aclararse que la mención hecha en el parágrafo de este articulo a los aportes a la seguridad social, se refiere a las deducciones de este tipo de costos o gastos en la declaración del impuesto de renta y no a la hora de determinar el valor de estas contribuciones relativas a los aportes a la Seguridad Social.

Adicionalmente, y de manera más relevante debe señalarse que la sanción por inexactitud en el pago de aportes con destino al Sistema de la Protección Social se encuentra regulada de manera especial en el artículo 179 de la ley 1607 de 2012, modificado por el art. 314 de la ley 1819 de 2016.

La anterior disposición es clara en establecer que cuando exista una diferencia entre el valor determinado por la UGPP y el valor declarado por el obligado, en la liquidación oficial a título de sanción el aportante pagará el 60% de dicha diferencia o inexactitud.

Del recuento normativo expuesto, queda plenamente demostrado que el artículo 647 del Estatuto Tributario no tiene aplicación en los procesos de fiscalización a cargo de la UGPP, habida cuenta de la existencia de regulación especial que establece las sanciones aplicables por esta entidad, contenida en el art. 179 de la Ley 1607 de 2012, sin que dicha norma establezca criterios para su aplicación, tan solo basta que se incurra en la conducta allí descrita para hacerse acreedor a la sanción en las cuantías allí establecidas.

Acorde con esta la sanción por inexactitud obedece al postulado de la norma, sin que la Unidad mire o aplique los supuestos que aduce el actor como la mala fe, pues basta con que se incurra en la conducta para hacerse acreedor a la sanción y que para observen supuestos subjetivos que equivocadamente se infiere.

Por todo lo anterior, es claro que este cargo no podrá prosperar al carecer de sustento factico, argumentativo y probatorio.

## III. A LAS PRETENSIONES

Conforme a las consideraciones de orden fáctico y jurídico que se expondrán en la presente contestación, en forma respetuosa manifiesto a su H. Despacho que la Unidad se **OPONE** a todas y cada una de las declaraciones y pretensiones formuladas en el escrito de demanda, esto es, la declaratoria de nulidad de la Resolución No. RDO 2017 03824 del 22 de noviembre de 2017 – Liquidación oficial - y de la Resolución No. RDC 2018 01656 del 12 de diciembre de 2018, a través de la cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial, oposición que se fundamenta en el hecho de que en entidad que represento actuó en ejercicio de las facultades y funciones legales y de conformidad con las disposiciones especiales vigentes al momento de expedir los actos administrativos objeto de la presente demanda, actos que se encuentran investidos de la presunción de legalidad que no logra quebrantar la parte actora, ni con los hechos, ni con los fundamentos jurídicos y de orden probatorio allegado al libelo, toda vez que no ha vulnerado ninguno de los preceptos legales que cita la parte actora en la demanda y en su lugar se solicita que se condene en costas a la parte actora.

Como fundamento de la anterior oposición, es preciso señalar que la Actuación Administrativa adelantada al demandante se efectúo en desarrollo de la labor fiscalizadora encomendada por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, artículos 178 a 180 de la Ley 1607 de 2012, Decretos 169 de 2008, 575 de 2013 y demás normas concordantes y complementarias, a través del cual se asignó a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, ***la competencia para el seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social,*** por lo que en ejercicio de estas funciones se llevó a cabo el proceso de fiscalización a efectos de realizar una liquidación oficial en la cual se determinó el valor de las contribuciones cuya liquidación y pago se han omitido o se han efectuado incorrectamente y no se incurrió en ninguna de las causales de nulidad endilgadas por la demandante.

De igual manera mi representada se opone a las pretensiones de restablecimiento del derecho, dado que mi representada no ha conculcado ningún derecho a la sociedad demandante y las normas que regulan el proceso de determinación de las contribuciones parafiscales de la protección social, como se explicará más adelante, no tienen prevista la firmeza de las declaraciones de autoliquidaciones privadas y pagos de aportes al Sistema de la Protección Social para los periodos gravables enero a diciembre de 2013.

Si en gracia de discusión se acepta esta tesis, debe tenerse en cuenta que el art. 178 de la Ley 1607 de 2012, señala que la Unidad puede iniciar ***los procesos de determinación dentro de los cinco (05) años siguientes contados a partir de la fecha en que el aportante debió declarar y no declaró, declaró por valores inferiores a los legalmente establecidos o se configuró el hecho sancionable,*** en ese orden de ideas, la el termino de los 5 años fenecían en el año 2019, y como el proceso de determinación feneció con la

resolución RDC 2018 01656 del 12 de diciembre de 2018, es decir antes que opera la firmeza de las autoliquidaciones de aportes al Sistema de la Protección Social, razón por la cual no le asiste la razón a la parte actora.

Lo pretendido en el numeral 4, 5 y 6 no corresponde a una pretensión sino a una solicitud de pruebas que en todo caso deberán con el debido respeto denegarse por el H. Tribunal, dado que no es una pretensión de la demanda.

## IV. MEDIOS DE PRUEBA

Lo aquí afirmado, encuentra sustento probatorio en la documentación en el expediente administrativo que se aporta así:

1. Solicito se tenga en cuenta como prueba el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso, el cual se aporta en cumplimiento de lo establecido en el numeral 4 parágrafo 1 del Artículo 175 del CPACA, los cuales fueron suministrados por la entidad que represento.

## V. ANEXOS

1.- Poder y soportes que acreditan la legitimidad para actuar en representación de la Unidad.
2.- Expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 4 y parágrafo 1 del Artículo 175 del CPACA, en cual se aporta en medio electrónico junto con la presente contestación.

## VI. NOTIFICACIONES

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP en la Av. Calle 26 # 69B- 45 piso 2 – Bogotá D.C. Nuestra dirección para recepción de notificaciones judiciales es notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co, correo institucional nsalcedo@ugpp.gov.co. Teléfono celular: 3057078132.

Atentamente,

**NELSON ENRIQUE SALCEDO CAMELO**
CC. No. 3.091.285 de Machetá.
T. P. No. 143.260 del Consejo Superior de la J.