

Doctora

**CARMEN AMPARO PONCE DELGADO**

**Magistrada**

**Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta**

E.

S.

D.

**Rad.**

25000-23-37-000-2021-00697-00

**MEDIO DE CONTROL:**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**DEMANDANTE:**

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

**DEMANDADO:**

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

**ASUNTO:**

CONTESTACIÓN DEMANDA

**MARCO ANDRES MENDOZA BARBOSA**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado judicial del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, establecimiento público del Orden Nacional, creado por la Ley 75 de 1868, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, por medio del presente escrito presente la correspondiente contestación de la demanda dentro del asunto de la referencia, con base en los siguientes argumentos de hecho y de derecho que pretendo hacer valer a fin que se neguen las pretensiones de la demanda.

## 1. PARTE DEMANDADA

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado mediante la Ley 75 de 1968, Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 de 1979. Adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, mediante Decreto 4156 de 2011, el ICBF tiene por objeto *propender y fortalecer la integración y desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizarles sus derechos*. Cumplimiento de objetivos institucionales que se realizan como coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar – SNBF -; por el bienestar de las familias, el desarrollo y la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia, garantizando sus derechos fundamentales y prevalentes.

## 2. SOBRE LAS PRETENSIONES

El **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (ICBF en adelante), se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones que a continuación se exponen, toda vez que, no se identifica causal alguna de nulidad frente al acto administrativo que se demanda, no resultando procedente el restablecimiento solicitado.

### **3. SOBRE LOS HECHOS**

- AL HECHO PRIMERO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO SEGUNDO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO TERCERO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO CUARTO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO QUINTO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO SEXTO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO SÉPTIMO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO OCTAVO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO NOVENO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO DÉCIMO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO DECIMO PRIMERO:** **ES CIERTO**, me atengo al tenor literal del documento mencionado.
- AL HECHO DECIMO SEGUNDO:** **NO ES UN HECHO**, es una manifestación de carácter subjetivo del apoderado de la parte demandante.

### **4. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA**

A continuación, me permito formular las siguientes excepciones y razones de defensa:

A manera de información general se pone en conocimiento que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA ha realizado las siguientes solicitudes de devolución las cuales han sido negadas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en razón a que presentan una inexactitud:

ITEMS	FECHA	RADICADO	VALOR	PERIODO SOLICITADO	SOLICITUD
1	16/06/20 15	E-2015-246610- 0101	6.400	2015 - 04	Por error al digitar el número de cedula de una funcionaria
2	21/10/20 15	E-2015-447231- 1100	101.300	2015 - 09	Pagos erróneamente efectuados con posterioridad al retiro del funcionario.
3	25/11/20 15	E-2015-502072- 0101	609.900	2015 - 04 a 10	Pago por un mayor valor, pago por un doble pago y pagos por una cesación.
4	03/05/20 16	E-2016-201640- 1100	1.089.130	2015 - 04 al 12 / 2016 - 01, 02	Pagos a un funcionario que no tenía derecho y aportes de un ICB mayor

5	13/05/20 16	E-2016-218975- 1100	14.500	2016 - 02	Pago de un IBC mayor
6	19/05/20 16	E-2016-230368- 1100	105.600	2016 - 03, 04	Pago de un IBC mayor de un funcionario con

					retiro.
7	02/09/20 16	E-2016-428652- 1100	63.000	2016 - 02, 03	Pago de un IBC mayor
8	07/04/20 17	E-2017-166829- 1100	142.100	2017 - 01	Por error al digitar el número de cedula de una funcionaria
9	16/06/20 17	E-2017-295385- 1100	575.680	2016 - 05 al 08	Pago de un IBC mayor de un funcionario con retiro.
10	31/10/20 17	E-2017-562088- 1100	449.100	2017 - 05, 09	Pago realizado con posterioridad a la desvinculación y se contabilizó un IBC mayor
11	07/11/20 17	E-2017-576274- 1100	30.800	2017 - 09	Pago realizado por 30 días, siendo lo correcto 25 días.
		<b>TOTA L</b>	<b>3.187.510</b>		

El proceso de verificación de las anteriores peticiones dio como resultado un saldo a favor del ICBF contenido en el Acta de Verificación No. I202111060147 por valor a capital de \$432.360.126.00 e intereses por \$536.029.912.00 para un total de \$968.390.175.00, razón por la cual se negó las solicitudes de devolución por medio de la Resolución 0964 de fecha 04 de junio de 2021, la cual fue objeto de recurso de reposición y resuelta bajo la Resolución 1300 del 15 de julio de 2021.

ITEM S	FECHA	RADICADO	VALOR	PERIODO SOLICITADO	MOTIVO DE LA SOLICITUD
1	9/03/2018	E-2018-120567-1100	135.400	2018 - 01	Pagos erróneamente efectuados
2	28/11/2018	E-2018-668691-1100	106.400	2018 - 10	Pagos erróneamente efectuados extemporáneamente por retiro
3	13/03/2019	E-2019-131676-1100	4.700	2018 - 10	Pagos erróneamente efectuados por un IBC mayor
4	9/04/2019	E-2019-190087-1100	423.900	2019 - 01, 02	Pagos de un ICB mayor
5	13/09/2019	201934500000102902	482.600	2019 - 07	Doble pago realizado
6	19/09/2019	201934500000125232	73.700	2019 - 03	Pago de un IBC mayor.
7	30/10/2019	201934500000289142	171.500	2018 - 10	Pago posterior al retiro
8	18/11/2019	201934500000358762	3.100	2019 - 06	Pago de un IBC mayor

9	21/01/2020	20203450000057172	66.400	2019 - 12	Pago de un IBC mayor
10	8/09/2020	202034500000410142	2.291.400	2019 - 10, 12 - 2020 - 01, 02, 03, 04, 05	Pago de aportes posterior a la suspensión de la vinculación Laboral
11	16/10/2020	1762184265	695.800	2020 - 04, 05, 08	Pago de aportes con número de identificación errado
12	11/12/2020	Correo Electrónico	48.000	2020 - 10	Pago de aportes con número de identificación errado
13	5/03/2021	Correo Electrónico	481.000	2020 - 10,11,12	Cedula erradas
14	29/06/2021	1762651880	525.800	2021- 03, 04, 05	Cedula erradas
	TOTAL		5.509.700		

Para este caso, el proceso de verificación conlleva a un saldo a favor del ICBF de acuerdo a las liquidaciones I202111110291 e I202111110292.

La liquidación I202111110291 por valor a capital de \$531.363.201.00 e intereses por \$898.135.461.00 y la liquidación I202111110292 por \$543.310.900.00, el cual no generó intereses por la emergencia sanitaria, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 del Decreto 538 del 12 de abril de 2021.

Por consiguiente, también se negó estas solicitudes de devolución por medio de la Resolución 3123 de fecha 30 de diciembre de 2021, sobre la cual no se presentó recurso alguno.

Adicional a lo anterior, se allegó las siguientes peticiones que se encuentran pendientes de la resolución de negación por la diferencia a favor del ICBF por valor de \$331.015.600.00 conforme a la liquidación I202211030032 sobre el cual tampoco se generó intereses por la emergencia sanitaria del COVID 19.

ITEMS	FECHA	N° RADICADO	VALOR	PERIODO SOLICITADO	SOLICITUD
1	7/12/2021	1762890594	1.235.000	2021 - 03, 05, 06, 07, 08.	Ciudadanos no vinculados, aportes posteriores a la suspensión de la vinculación laboral, y

					aportes por un IBC mayor.
2	17/12/2021	176290 3564	2.213.900	2020 – 09, 10, 11, y 12. 2021 – 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, y 10.	Pagos erróneamente posteriores a la suspensión de la vinculación laboral,
		<b>TOTAL</b>	<b>3.448.900</b>		

El valor total de las actas de liquidación por capital e intereses es:

Acta de verificación	Capital	Intereses	Total
I202111060147	\$ 432.360.263	\$ 536.029.912	\$ 968.390.175
I202111110291	\$ 531.363.201	\$ 366.772.260	\$ 898.135.461
I202111110292	\$ 543.310.900	\$ -	\$ 543.310.900
I202211030032	\$ 331.015.600	\$ -	\$ 331.015.600

Cabe resaltar que la competencia para determinar la deuda por inexactitud es de la UGPP, esto de conformidad con lo establecido por el artículo 14 de la Resolución 575 de 2016, que indica:

*“(...) RESULTADO DEL PROCESO DE VERIFICACIÓN DE LA EXACTITUD Y CONSISTENCIA DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LAS DECLARACIONES DE AUTOLIQUIDACIÓN DE APORTES. El servidor público*

*una vez recibidos los documentos solicitados al aportante, contará con máximo treinta (30) días para realizar la verificación, terminados los cuales procederá diligenciar el documento denominado Acta de Verificación, en el que informará al aportante la conclusión del proceso y lo invitará a la normalización con el ICBF mediante el pago por el sistema PILA cuando haya lugar a ello. Adicionalmente, informará al aportante que si pasados 30 días no se ha realizado el pago, el ICBF dará traslado a la UGPP identificando plenamente la condición*

de omiso o inexacto según corresponda, para que esta entidad, en ejercicio de las competencias y facultades sancionatorias establecidas en los artículos 178, 179 de la Ley 1607 de 2012 y 50 de la Ley 1739 de 2014, realice el proceso de liquidación oficial o la resolución de sanción (...)" (subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, dichas inexactitudes fueron notificadas la UGPP bajo las siguientes liquidaciones y radicados:

- Liquidación No. I202111060147 notificada a la UGPP el 05 de noviembre de 2021 mediante radicado No. 202112350000229021.
- Liquidaciones No. I202111110291 e I202111110292, notificadas a la UGPP mediante oficio No. 202112350000103841 del 18 de abril de 2022.

### **HECHOS DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO DE INEXISTENCIA DE CAUSA Y FUNDAMENTO JURIDICO PARA DEMANDAR**

1. La liquidación objeto de controversia (Acta de Verificación No. I202111060147) fue fruto de las siguientes solicitudes de devolución presentadas por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA:

ITEMS	FECHA	RADICADO	VALOR	PERIODO SOLICITADO	SOLICITUD
1	16/06/2015	E-2015-246610-0101	6.400	2015 - 04	Por error al digitar el número de cedula de una funcionaria
2	21/10/2015	E-2015-447231-1100	101.300	2015 - 09	Pagos erróneamente efectuados con posterioridad al retiro del funcionario.
3	25/11/2015	E-2015-502072-0101	609.900	2015 - 04 a 10	Pago por un mayor valor, pago por un doble pago y pagos por una cesación.
4	03/05/2016	E-2016-201640-1100	1.089.130	2015 - 04 al 12 / 2016 - 01, 02	Pagos a un funcionario que no tenía derecho y aportes de un ICB mayor
5	13/05/2016	E-2016-218975-1100	14.500	2016 - 02	Pago de un IBC mayor

6	19/05/20 16	E-2016-230368- 1100	105.600	2016 - 03, 04	Pago de un IBC mayor de un funcionario con retiro.
7	02/09/20 16	E-2016-428652- 1100	63.000	2016 - 02, 03	Pago de un IBC mayor
8	07/04/20 17	E-2017-166829- 1100	142.100	2017 - 01	Por error al digitar el número de cedula de una funcionaria
9	16/06/20 17	E-2017-295385- 1100	575.680	2016 - 05 al 08	Pago de un IBC mayor de un funcionario con retiro.
10	31/10/20 17	E-2017-562088- 1100	449.100	2017 - 05, 09	Pago realizado con posterioridad a la desvinculación y se contabilizó un IBC mayor
11	07/11/20 17	E-2017-576274- 1100	30.800	2017 - 09	Pago realizado por 30 días, siendo lo correcto 25 días.
	<b>TOTAL</b>		<b>3.187.510</b>		
	<b>L</b>				

2. En las solicitudes la Contraloría allegó información en donde se evidenció que la misma estaba individualizada, es decir, correspondía a los funcionarios por los cuales la Entidad al parecer había cancelado cifras superiores a las legales, es por esto que, telefónicamente el asesor del Grupo de Recaudo sostuvo contacto con los responsables de la información, aclarando que el ICBF no hace análisis de pagos individuales de los funcionarios, sino que la verificación del ICBF es sobre los aportes mensuales, liquidados y pagados generados por la institución sobre los pagos laborales.
3. Por lo anterior, la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA mediante correos electrónicos del 18 y 23 de julio de 2018, aportó la siguiente información:
  - Nómina anualizada de los periodos de 2015, 2016 y 2017.
  - Ejecución presupuestal anualizada de los periodos de 2015, 2016 y 2017.
  - Certificación Sentencias Judiciales.
  - Certificación de bases salariales
  - Planillas de autoliquidación del tercero.
  - Certificación de los quinquenios con anterioridad al año 1993.
  - Resolución de nombramiento y acta de posesión del representante legal.
4. El 24 de agosto de 2018, se envió la hoja de trabajo para el análisis por parte de la persona designada por CONTRALORIA.
5. El 16 de octubre de 2018, por solicitud del aportante se le remite la relación de los pagos realizados por la Entidad por las vigencias verificadas sin incluir los intereses de mora.
6. El 11 de diciembre de 2018, se realizó visita en las instalaciones de la CONTRALORIA en donde se analizó la hoja de trabajo del ICBF con los conceptos de la ejecución presupuestal; el funcionario encargado del aportante Eduardo Perdomo, informó que dentro del rubro sueldo estaban incluidas las incapacidades que no hacen base para el cálculo del parafiscal del 3%, de igual manera se evidenció que en la ejecución presupuestal no se encontraban incluidas las sentencias judiciales que se deben tomar para el cálculo del aporte.
7. En virtud de que no había claridad en algunos rubros y en la forma en que ICBF realizaba la verificación, el 24 de enero de 2019 se llevó a cabo una mesa de trabajo con la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, en ella participó el Grupo de Recaudo del ICBF – Regional Bogotá, el Director de Talento Humano de la CONTRALORIA Dr. Luis Francisco Balaguera, el Dr. Eduardo García Perdomo, funcionario designado para atender el requerimiento al ICBF y dos funcionarios más de esa Entidad.
8. El 7 de mayo de 2019, se llevó a cabo otra reunión con el Dr. Eduardo García Perdomo y en ella nuevamente se le brindó aclaración a los funcionarios de

la CONTRALORIA respecto a la información requerida para atender las solicitudes de devolución y la forma en que el ICBF las tramita, la cual bajo estricto cumplimiento corresponde a lineamientos internos del Instituto contenidos en la Resolución 575 del 2016. Por otro lado, se les manifestó que la ejecución presupuestal allegada no contaba con el detalle de la información necesaria para realizar la verificación.

9. En mesa de trabajo el 30 de octubre de 2019, en donde participó la Oficina de Recaudo - Sede Nacional, se expone que a los quinquenios pagados por la CONTRALORIA no es posible aplicarle la normatividad del Código Sustantivo del Trabajo sino la Ley 106 de 1993 y los decretos de incremento salarial expedidos anualmente (Decretos 1093 de 2015, 241 de 2016 y 1010 de 2017), es por esto que, el concepto de quinquenio constituye factor salarial para los funcionarios que ingresaron a la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA con anterioridad al año 1993.
10. Posteriormente, el 13 de diciembre de 2019 mediante correo electrónico el funcionario Eduardo Perdomo, le solicitó a la Coordinación del Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá, reanudar actividades hasta el mes de febrero de 2020, esto debido al periodo de vacaciones.
11. El 16 de marzo de 2020, la CONTRALORIA envió al ICBF la Resolución por medio del cual suspendió términos como acción preventiva de contagio del COVID-19.
12. El 12 de mayo de 2020, la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
13. remite la certificación de las Sentencias Judiciales y la relación de las cédulas de los empleados que reciben los quinquenios con anterioridad al año 1993 bajo el régimen establecido por el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, la certificación de los quinquenios se aclara con la enviada el 1 de julio de 2020, donde hacen mención a los valores que son pagados a los funcionario.
14. La información, se puso en conocimiento esta novedad a la CONTRALORIA y en respuesta a ello por medio del correo electrónico de fecha 08 de julio de 2020, el aportante informa que los conceptos de vigencias expiradas, prima de servicio, bonificación por servicios prestado y quinquenios, no hacen base para el cálculo del aporte parafiscal del 3% con destino al ICBF de acuerdo con el artículo 113 de la Ley 106 de 1993, por tal motivo el ICBF le solicitó una certificación actualizada en razón a que estos conceptos ya habían sido certificados con radicado No. E-2018-342351-1100 de fecha del 28 de junio de 2018, como rubros que la Contraloría tenían en cuenta para el pago del aporte parafiscal.
15. El 08 de febrero de 2021, la Oficina Asesora Jurídica del ICBF mediante memorando 202110430000010293 determinó de carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto que "(...) la bonificación especial del

quinquenio a que tienen derecho los servidores públicos que conforman la planta de personal de la Contraloría General de la República y también, por consagración expresa de la norma (artículo 22 del Decreto 273 de 2000) los funcionarios de la Auditoría General de la República, corresponde a una remuneración que de conformidad con la Ley 106 de 1993, y los decretos de incremento salarial anual, constituirá factor salarial para los funcionarios que ingresaron a la CGR antes del año 1993 (...)"

16. De acuerdo a lo anterior, se procedió a realizar la verificación teniendo en cuenta los rubros de quinquenios con anterioridad al año 1993, la prima de servicios, reintegro prima de servicios, bonificación por servicios prestado, reintegro bonificación por servicios prestados, y debido a que la ejecución presupuestal no contaba con el detalle de la información necesaria para realizar la verificación, se toma como base la nómina anual para determinar la situación de la Entidad, llevando consolidada la obligación a diciembre de cada año (2016, 2017), así como los aportes parafiscales correspondientes.
17. En consecuencia, se encuentra que la CONTALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, no tuvo en cuenta los rubros de quinquenios con anterioridad al año 1993, la prima de servicios, reintegro prima de servicios, bonificación por servicios prestado, reintegro bonificación por servicios prestados, los cuales hacen parte del cálculo parafiscal del 3%, por lo cual se generó una diferencia a favor del ICBF.
18. El 01 de junio de 2021 mediante Acta de Verificación No. I202111060147 notificada al aportante mediante oficio No. 202134800000150891 de la misma fecha, se señaló el saldo a favor del ICBF por \$432.360.263 pesos moneda corriente más los intereses generados al día de pago.
19. Esto conllevó a la Resolución 0964 de fecha 04 de junio de 2021, la cual negó las solicitudes de devolución presentadas por la CONTRALORIA motivado por el saldo a favor del ICBF fijado en el Acta de Verificación No. I202111060147 por los factores salariales que no se tuvieron en cuenta por parte del aportante en el cálculo del aporte parafiscal.
20. Dicha decisión fue confirmada por la Resolución 1300 del 15 de julio de 2021, la cual resolvió el recurso de reposición presentado por el aportante. Este proceso quedó debidamente ejecutoriado el 28 de julio de 2021.
21. De igual manera, cabe recordar que el Acta de Verificación I202111060147 fue remitida por competencia a la UGPP el 05 de noviembre de 2021 mediante radicado No. 202112350000229021.

## 5.FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Normatividad directriz del presente caso:

- Resolución 575 de 2016.
- Decreto 1042 de 1978, artículo 42.
- Memorando OAJ 202110430000010293 de fecha 08 de febrero de 2021.
- Decreto 304 de 2020.
- Decreto 720 de 1978, artículos 40 y siguientes.
- Concepto 030600020100006900  
(2013) del 8 de febrero de 2011 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
- Sentencia Consejo de Estado 2013-00055 del 09 de febrero de 2016.

La Resolución 0964 de fecha 04 de junio de 2021, resolvió la solicitud de devolución allegada por la CONTRALORIA respecto a las vigencias de los periodos de 2015 a 2017, con la directriz fundamental del concepto de la Oficina Asesora Jurídica bajo memorando 202110430000010293 del 08 de febrero de 2021 y la sentencia 2013-00055 del 09 de febrero de 2016 del Consejo de Estado.

El concepto de la OAJ (vinculante para la Regional Bogotá del ICBF) fijó el beneficio del quinquenio como factor salarial cuando el empleado fue vinculado con anterioridad al primero de enero de 1992, por lo tanto, con base en ello se niegan las solicitudes del aportante por no tener en cuenta los rubros de quinquenios con anterioridad al año 1993.

En cuanto a la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados no tenidos en cuenta por la CONTRALORIA, por medio del Acto Administrativo 1300 del 15 de julio de 2021, el cual resolvió el recurso de reposición allegado por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA en contra de la Resolución 0964, se reitera lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 03 06 000 2010 00069 00 (2013) del 8 de febrero de 2011 donde se manifiesta que la base para el cálculo de los aportes parafiscales corresponde a los factores salariales previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978:

“(…) ARTÍCULO 42. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajosuplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b. Los gastos de representación.
- c. La prima técnica.
- d. El auxilio de transporte.
- e. El auxilio de alimentación.
- f. La prima de servicio.
- g. La bonificación por servicios prestados.
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión (...)

Así también trae a colación el artículo 113 de la Ley 106 de 1993 en el cual se insta que si bien la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y otros, se enmarcan como prestaciones sociales, esta norma se remite al Decreto 720 de 1978 (art.40 y ss), en donde se fija que estos conceptos corresponden a otros factores de salario, en concordancia con el Decreto Ley 1042 de 1978 (art. 42 y a 45 y 50 a 52).

### **De las pretensiones de reconocimiento de intereses**

Al respecto es preciso señalar que la normativa tributaria no contempla mandato alguno relativo a efectuar corrección monetaria a las sumas objeto de devolución a los contribuyentes para el caso aportantes de parafiscal.

Por el contrario, el artículo 863 del Estatuto Tributario corresponde a una norma especial, que establece el reconocimiento de intereses a favor del contribuyente dentro de un proceso de devolución así:

***“Art. 863. Intereses a favor del contribuyente.***

*\*-Modificado- Cuando hubiere un pago en exceso o en las declaraciones tributarias resulte un saldo a favor del contribuyente, sólo se causarán intereses corrientes y moratorios, en los siguientes casos:*

*Se causan intereses corrientes, cuando se hubiere presentado solicitud de devolución y el saldo a favor estuviere en discusión, **desde la fecha de notificación del requerimiento especial o del acto que niegue la devolución**, según el caso, **hasta la ejecutoria del acto o providencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor.***

*Se causan intereses moratorios, a partir del **vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación.***

En todos los casos en que el saldo a favor hubiere sido discutido, se causan intereses moratorios desde el día siguiente a la ejecutoria del acto o providencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor, hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación”.

Como se puede observar la norma tributaria establece especialmente que en casos y, desde cuando aplica el reconocimiento de los intereses a favor del contribuyente.

En este orden y tratándose específicamente de los intereses corrientes, solamente se generan cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Que exista un pago en exceso (o de lo no debido) o un saldo a favor;
2. **Que se hubiere presentado solicitud de devolución o compensación en debida forma** y no sea atendida dentro de los términos legales previstos;
3. **Que el valor estuviere en discusión**, y, que el saldo a favor en discusión fuere confirmado total o parcialmente mediante acto administrativo o providencia judicial que declare la ilegalidad de los actos de determinación oficial del tributo.

Para el caso en concreto, no hay lugar a ordenar el pago de los intereses corrientes solicitados, toda vez, que hasta la fecha no obra en el ICBF prueba de que se haya hecho la solicitud de devolución en debida forma, ni que la Administración haya incurrido en mora para efectuar el estudio correspondiente, por lo que se carece de por lo menos 2 elementos para reconocer los intereses referidos.

### **INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA LEY EN EL AÑO 2017 - ARTÍCULO 118 DE LA LEY 1943 DE 2018.**

Para el caso en concreto, y al no haberse materializado la solicitud de devolución por concepto de pago de lo no debido de manera formal y con el pleno de requisitos, ni siquiera a través de derecho de petición, que, dicho sea de paso, no es el mecanismo idóneo para solicitar devolución, no se ha iniciado la verificación que este tipo de procesos exige.

Téngase muy presente que la devolución de aportes parafiscales a favor del ICBF, corresponde a una devolución de recursos públicos destinados a la funcionalidad del Instituto y el desarrollo de programas sociales de atención a la niños, niñas, jóvenes y adolescentes más vulnerable del país.

Los procesos de devolución no operan IPSO IURE, por el contrario, debe existir la verificación y comprobación del cumplimiento de requisitos, condiciones y presupuestos normativos que generen la consecuencia de la devolución, debe surtirse todo un proceso para que se configure la devolución, y la sentencia expedida por el Honorable Consejo de Estado no cambio dicha situación.

En este orden el ICBF no ha negado devolución solicitada por el accionante, por cuanto este nunca presentó solicitud de devolución en debida forma, por tanto, el Instituto no ha podido

---

realizar la investigación que por ley tiene obligación a surtir (Ley 1607 de 2012 y el Decreto 3033 de 2013). Nótese que el accionante no presenta prueba siquiera sumaria de los valores que pretende en devolución, anunciando simplemente que por ser cooperativa tiene derecho a unos valor según el pagados sin sustento legal, sin embargo no existe claridad alguna frente a la vinculación de las personas sobre las que solicita devolución, fundamente esencial para determinar la aplicación del beneficio tributario de pretender hacer valer de pleno derecho, tampoco allega prueba alguna respecto a los salarios devengados por sus empleados ni la discriminación de nómina, de esta manera es completamente improcedente pretender un reconocimiento que no se encuentra demostrado.

## **DESCONOCIMIENTO DEL EFECTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA 23692 DEL 30/07/2020 DEL H. CONSEJO DE ESTADO.**

El ICBF, ha sido una entidad siempre respetuosa de la normatividad existente y los fallos emitidos por autoridad competente; en este caso en específico, ha seguido muy de cerca el desarrollo que el artículo 114-1 del Estatuto Tributario ha tenido, una vez fue emitido el fallo, desarrolló los lineamientos que las diferentes regionales debían seguir ante la nulidad proferida, motivo por el cual se ha establecido la procedencia del estudio de devoluciones para el sector cooperativo por concepto de pago de lo no debido, para lo cual emitió la Resolución 3365 de 2021 que establece con plena claridad el trámite de estas devoluciones.

Así mismo, y respetando la normatividad vigente y el carácter restrictivo de los beneficios tributarios, ha sido enfático en indicar que para el caso de las CTA y las PCTA la exoneración establecida en el artículo 114-1 del Estatuto Tributario SOLO aplica en consideración a los trabajadores vinculados por estos entes mediante contrato de trabajo con un devengo inferior a 10 SMLMV, tal como la norma ha considerado el beneficio; ahora bien, y frente a sus socios la norma aplicable será la Ley 1233 de 2008 para el tema de las contribuciones especiales y sus propios beneficios.

Al respecto hay que mencionar que el Ministerio de Trabajo mediante Circular 0074 de 2020, establece para la vigencia 2021 el lineamiento para solicitar la exención del pago de las contribuciones especiales de que trata el artículo 10 de la Ley 1233 de 2008, por parte de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

Es muy claro que las CTA y PCTA tienen una propia regulación que no se encuentra enmarcada en el artículo 114-1 del Estatuto Tributario y por ende no puede ser extendida a las contribuciones especiales a las que se encuentra obligado COOPEVIAN CTA, quien abiertamente está desconociendo la aplicación de norma especial, llevando este estudio a un marco normativo que no es aplicable sino bajo circunstancias excepcionales a las CTA y PCTA.

Nótese como el accionante en ninguna aparte de su demanda refiere la Ley 1233 de 2008 o hace referencia a las contribuciones especiales o al tipo de vinculación de que COOPEVIAN CTA tiene, llevando a incautos y desconocedores de la norma a un estudio incorrecto para el presente caso.

El artículo 114-1 del Estatuto Tributario es muy claro y tiene unos presupuestos muy

---

específicos a los que por regla general una CTA no podría acceder por su naturaleza jurídica, para lo cual nos permitimos discriminar el referido artículo así:

**“(…) Exoneración de aportes. Estarán exoneradas del pago de los aportes parafiscales a favor del Servicio Nacional del Aprendizaje (SENA), del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las cotizaciones al Régimen Contributivo de Salud, las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes **declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios**, correspondientes a **los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes...**”.**

- El primer presupuesto para establecer la exoneración es **que aplicara los aportes parafiscales, y la norma no lo extendió a las contribuciones especiales creadas por la Ley 1233 de 2008.**
- El segundo presupuesto está ligado a que la sociedad beneficiaria debe ser declarantes de renta, lo cual ya fue discutido por la jurisprudencia, estableciendo que, a pesar de ser régimen especial, las cooperativas en su generalidad son contribuyentes declarantes del impuesto. En este sentido aplicaría la exoneración.
- El tercer requisito se determina conforme **los trabajadores que devenguen menos de 10 SMLMV**, en este sentido solo aplicar la exoneración si las CTA y PCTA tiene relaciones laborales sobre las que pueda aplicar la exoneración, relaciones laborales que deben constar en contrato laboral regido por el Código Sustantivo del Trabajo, y tan solo sobre estas relaciones procedería la exoneración, si contemplan un devengo inferior a 10 SMLMV.

Respecto a la remuneración de las relaciones asociativas propias de las CTA y PCTA la exoneración del 114-1 no aplica, por no corresponder a relaciones laborales, por lo cual deberán pagar la contribución especial a favor del ICBF, tomando como ingreso base de cotización la compensación ordinaria mensual establecida en el régimen de compensaciones, conforme la Ley 1233 de 2008.

**Copiosa jurisprudencia ha establecido que los beneficios tributarios son de aplicación restrictiva** (art.338 Constitución Política) y, por ende, la norma que consagra la exoneración parafiscal no permite una aplicación extensiva, y en ninguno de sus apartes contempla la exoneración a las contribuciones especiales establecidas en la Ley 1233 de 2008.

En los anteriores términos no es de recibo que el ICBF ha desconocido la normatividad vigente o los fallos emitidos por el Honorable Consejo de Estado, por el contrario, ha sido rigurosa en su aplicación y estudio, lo que no se observa en el accionar del aquí demandante quien no refiere en ningún momento la norma especial que regula las CTA y PCTA, induciendo a error en el análisis del caso.

Es preciso aclarar su señoría, que las Administradoras no están en obligación de realizar devolución de aportes en virtud del fallo referido por el accionante, las Administradoras de parafiscales están en la obligación de realizar un estudio a solicitud de parte y determinar en derecho la procedencia no de la solicitud, lo cual para el caso del ICBF se determina mediante

acto administrativo, sobre el cual procede recurso de ley. Sin embargo y ante la ausencia de solicitud por parte del interesado ante el ICBF el estudio no se ha iniciado como indicamos por ausencia de solicitud directa.

Téngase muy presente que el fallo del Honorable Consejo de Estado estableció una nulidad parcial de un acto de carácter general y no resolvió la procedencia de ningún tipo de devolución de pleno derecho.

## 5. LA GENERICA

Se solicita que de conformidad con lo dispuesto en el art. 282 de la Ley 1564 de 2012, en concordancia con el art. 187 de la Ley 1437 de 2011, se declaren como probadas las excepciones que se llegaren a encontrar acreditadas durante el trámite procesal.

**Con fundamento en lo expuesto en precedencia, me permito reiterar la solicitud para que se abstenga de decretar la nulidad del acto administrativo acusado, no resultando procedente el restablecimiento del derecho aducido en el petitum de la acción o la imputación jurídica del daño.**

## 7. PRUEBAS

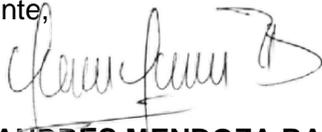
Solicito, Señor Juez, que se tengan como medios de prueba los siguientes:

- Resolución No 0964 del 04 de junio de 2021.

## 8. NOTIFICACIONES

El suscrito en la secretaría del juzgado o en el correo electrónico [marco.mendoza@dejud.com](mailto:marco.mendoza@dejud.com). La parte demandada en la Carrera 68 No 64 C-75 de la ciudad de Bogotá, o al correo electrónico [notificaciones.judiciales@icbf.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@icbf.gov.co).

Atentamente,



**MARCO ANDRÉS MENDOZA BARBOSA**  
C.C. 80.153.491 expedida en Bogotá D.C.  
T.P. No. 140.143 del C.S. de la Judicatura  
CELULAR : 3017864685