Honorable Magistrada
CARMEN AMPARO PONCE DELGADO
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
SECCION CUARTA-SUBSECCION "B"
E. S. D.

REF: **CONTESTACION DEMANDA**
RAD: 25000233700020200012300
ACCIONANTE: FIDUAGRARIA PAR INCODER EN LIQUIDACIÓN
ACCIONADO: ICBF-REGIONAL BOGOTÁ
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

JULIETH SUSANA PINEDA MARTÍNEZ, mayor de edad, vecino y domiciliado en Bogotá, D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 1032377230 de Bogotá, abogado titulado y portador de la Tarjeta Profesional número 213.947. del Consejo Superior de la Judicatura actuando de conformidad con el poder que me han conferido y para los efectos adjunto, respetuosamente concurro a su Despacho con el propósito de contestar la demanda por el medio de control de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que la accionante interpuso en contra de la resolución No. 3517 del 17 de septiembre de 2019, mediante la cual se declaró el rechazo del recurso por extemporáneo interpuesto por parte del PAR INCODER EN LIQUIDACIÖN, la cual tiene su origen y nacimiento con expedición de liquidación de los aportes parafiscales producto del proceso de liquidación de la Entidad, proferida por la Dirección Regional del ICBF, con base en los siguientes términos:

I. DOMICILIO

De conformidad con el artículo 19 de la ley 7 de 1979, El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Protección Social. Su domicilio legal será la ciudad de Bogotá y tendrá facultad para organizar dependencias en todo el territorio nacional.

II. FRENTE A LOS QUE SE DENOMINA EN LA DEMANDA PRETENSIONES

1. Que sabe pedir la nulidad del acto administrativo emitido por el ICBF mediante radicado 201934800000002368 y la resolución 3517 del 17 de septiembre del 2019.
2. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representado legalmente por la doctora Juliana Pungiluppi Leiva o quien haga sus veces, a realizar la devolución de Doscientos Veinte Millones Ochocientos Setenta y Cinco Mil Doscientos Diecinueve Pesos ($220875219) M/Cte., por concepto de un mayor valor

PUBLICA

pagado por parte del extinto INCODER en aportes parafiscales, con su respectiva indexación.

3. Qué consecuentemente se condene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representado legalmente por la doctora Juliana Pungiluppi Leiva o quien haga sus veces, al pago de intereses moratorios causados desde el 9 de mayo del 2018 hasta cuando se le acaba el cumplimiento de la sentencia condenatoria.
4. Que se contiene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, representado legalmente por la doctora Juliana Pungiluppi Leiva o quien haga sus veces, al pago de costas y agencias en derecho a la parte demandante

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas toda vez que no existen razones ni fácticas, ni jurídicas, que conlleven a la nulidad de las resolución No. 3517 del 17 de septiembre de 2019, mediante la cual se determinó una deuda a cargo del extinto INCODER, pues dicho acto administrativo goza de completa legalidad, contrariando lo aseverado por el accionante, puesto que dan plena aplicabilidad a lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo respecto de la naturaleza de los pagos no constitutivos de salario atendiendo a la voluntad del empleador y el trabajado, no omiten las normas respecto de la liquidación y pagos de los aportes parafiscales, y no puede declararse la firmeza de las declaraciones para el pago de los aportes de todas las vigencias y si está obligada a pagar aportes parafiscales, tal como lo demostraremos más adelante

III. <u>FRENTE A LOS HECHOS:</u>

Me permito pronunciarme sobre los hechos así:

AL HECHO PRIMERO: NO ES UN HECHO, es la transcripción literal normativa de la liquidación de INCODER, y que tampoco es relevante para el caso concreto

AL HECHO SEGUNDO: CIERTO, con el inicio del proceso de liquidatario mediante oficio No. S-2015-527981-1100 de fecha 30 de diciembre de 2015, la Coordinación del Grupo Recaudo del ICBF Regional Bogotá requirió a la Entidad la documentación e información financiera que permitiera la verificación del proceso. Información recibida a través de las visitas realizadas a las instalaciones de la entidad y otro parte por correo electrónico.

Lo anterior, con el fin de verificar la correcta liquidación de aportes y pago de los aportes parafiscales del 3% a favor del ICBF establecidos conforme al artículo 42 de la Ley 7ª de 1979 y al artículo 95 del Decreto Reglamentario 2388 de 1979, cuyo pago es obligatorio para todos los patronos sin excepción alguna, razón por la cual todas las entidades públicas y/o privadas deben cumplir con este aporte patronal.

AL HECHO TERCERO NO ES CIERTO, fue como resultado del análisis y verificación de la información suministrada que se generó la liquidación No.2016110007 de fecha 20 de enero de 2016, con una obligación de Ciento treinta y dos millones cuatrocientos setenta y un mil trescientos setenta y nueve pesos ($132.471.379.00) por capital afectando las vigencias así:

PÚBLICA

a) 2011: Catorce con quinientos diez mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($14.510.685.00),
b) 2012: Dieciséis millones novecientos veintidós mil setenta peso ($16.922.070.00),
c) 2013: Diecisiete millones trescientos sesenta y un mil ochocientos sesenta pesos ($17.361.860.00),
d) 2014: Veintiséis millones quinientos ochenta y tres mil setecientos tres pesos ($26.583.703.00) y
e) 2015: Cincuenta y siete millones noventa y tres mil sesenta y un pesos ($57.093.061.00), más unos intereses de Cincuenta y un millones seiscientos tres mil doscientos cuarenta y tres pesos ($ 51.603.243.00).

Para la liquidación se tomaron los valores de la ejecución presupuestal de forma anualizada para los periodos de enero de 2011 a noviembre de 2015, teniendo en cuenta **las bases salariales de ley y las certificadas por la entidad,** entre los cuales se encontraba la Prima de vacaciones.

Igualmente se deja constancia de los documentos que sirvieron de soporte, como también la base de liquidación y los intereses moratorios que se van generando con la liquidación, demostró claramente tanto con argumentos facticos y jurídicos suficientes que la liquidación de aportes parafiscales a favor del ICBF se realiza conforme a los dispuesto en la ley 27 de 1974, articulo 17 de la ley 21 de 1982, ley 7ª de 1979, Ley 89 de 1988 y la resolución 2868 de 2011.

AL HECHO CUARTO: NO ES CIERTO, por tratarse de una Acta de Liquidación, el recurso de reposición no era procedente, sin embargo con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de controversia se recibió y tramitó la solicitud del radicado 2016.047486-1100 del el 4 de febrero de 2016, en el cual el liquidador argumentó no estar de acuerdo con el monto de la obligación aduciendo que en el rubro de sueldo básico se encontraban los factores Reconocimiento de Coordinación e Incapacidades, los cuales no constituyen factor salarial, adjuntando para el efecto una relación en la que indicó las bases salariales consolidadas anualmente para las vigencias 2011 a 2015.

AL HECHO QUINTO: NO ES CIERTO, fue como consecuencia del análisis y revisión de la información que se procedió a descontar los factores no salariales arriba mencionados, decisión que fue proferida y fundamentada con los argumentos jurídicos que se evidencian en cada una de las actuaciones emitidas durante el desarrollo del proceso y sustentadas con los documentos generados producto del proceso de fiscalización, como son el acta de liquidación.

Así las cosas, el resultado de la verificación sufrió variación, razón por la cual se informó al aportante que existía un saldo a pagar al ICBF para la vigencia 2014 de Ochocientos Millones Setenta y Nueve Mil Setecientos Setenta y Seis Pesos ($8.069.776.00) por Capital: Seis millones doscientos sesenta mil trescientos ochenta y cuatro pesos ($6.260.384.009) e intereses: Un millón ochocientos nueve mil trescientos noventa y dos pesos ($1.809.392.00) y a su favor de Veintisiete millones sesenta y tres mil doscientos ochenta y ocho pesos ($27.063.288) para la vigencia 2015, que una vez compensando se generó un saldo a favor de INCODER Dieciocho millones novecientos noventa y tres mil quinientos doce pesos ($18.993.512.009).

PUBLICA

Es menester reiterar, que la resolución atacada en la parte considerativa tiene su fundamento en el despliegue de la función fiscalizadora que efectúa el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la cual consta en las respectiva acta de liquidación y resoluciones administrativas que imponen el reconocimiento de obligaciones a favor de la entidad, las cuales además tienen su sustento en principio máximo de legalidad y respeto al debido proceso.

AL HECHO SEXTO: NO ES CIERTO, el ICBF lo que hizo fue ilustrara a la Entidad en el procedimiento interno que debía surtir el reconocimiento previo a su aprobación, mediante oficio No. 0003620 del 17 de agosto de 2016, puesto que la misma debía ser presenta al Comité y así expedir el acto administrativo que ordena la devolucion, el cual le sería notificado conforme lo establecía la Ley.

Así las cosas, y tal como consta en el acta No. 012, la solicitud de devolución fue presentada en el comité de seguimiento a la completa y oportuna liquidación, cobro y administración del aporte parafiscal 3% con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del 13 de junio de 2018, se aprobo la solicitud $**18.993.512.00** como se refleja en el siguiente cuadro y que hace parte de los argumentos de hecho y derecho a través del cual se reconoció la devolución, así:

ANÁLISIS DE EJECUCIÓN PRESUPUESTAL CONSOLIDADA ANUALMENTE

CONCEPTO	**2014 ENE-DIC**	**2015 ENE-DIC**
Sueldo básico	$17.902.174.342	$19.308.908.384
Sueldo de vacaciones (vacaciones)	$1.048.160.435	$971.406.735
Prima técnica salarial	$692.912.287	$505.721.598
Bonificación por servicios prestados	$606.976.677	$627.304.656
Subsidio de alimentación	$26.481.157	$29.272.579
Prima de servicio	$895.610.659	$61.428.456
Prima de vacaciones	$985.199.939	$1.728.761.611
Horas extras	$49.904.776	$54.928.054
Recargo nocturno y festivos	$139.461.374	$199.991.700
Indemnización por vacaciones	$295.674.495	$251.439.300
TOTALES	**$22.642.556.141**	**$23.739.163.073**
Aportes 3%de Ejecución Presupuestal	**$679.276.684**	**$712.174.892**
Pagos realizados por la empresa	**$673.016.300**	**$739.238.180**
Saldo a favor de la empresa	**0**	**$27.063.288**
Saldo a favor del ICBF	**-$6.260.384**	**0**
Intereses	**-$1.809.392**	**0**
TOTAL, SALDO A FAVOR DE LA EMPRESA		**$18.993.512**

AL HECHO SEPTIMO: NO ES UN HECHO, es la información interna mediante la cual la Entidad está desarrollando las operaciones, pero que no es relevante para el caso concreto.

AL HECHO OCTAVO: NO ES UN HECHO, es la información interna mediante la cual la Entidad está desarrollando las operaciones y la finalización de estas, pero que no es relevante para el caso concreto.

A LOS HECHOS NOVENO, DECIMO, ONCE, DOCE: ES CIERTO Y SE ACLARA que con la información recolectad y solicitada se contestó por la Coordinación del Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá con oficio No.2018-364976-1100, tanto los trámites internos a seguir, así como la decisión del Comité No. 12 de fecha 13 de junio de 2018, en la cual se aprobó la devolución del mayor valor pagado por aporte parafiscal.

Así las cosas, mediante Resolución **2673 del 13 de julio de 2018**, la Directora Regional ICBF Bogotá, Ordeno la devolución de mayor valor pagado, por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER EN LIQUIDACIÓN** con **NIT. 830.122.398** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN** identificada con **NIT. 830.053.630,** por la suma de Dieciocho Millones Novecientos Noventa y Tes Mil Quinientos Doce Pesos ($**18.993.512.00),** correspondiente al mes de **enero a diciembre de 2015**.

La r**esolución antes indicada**, se notificó personalmente el Dr. Ismael Hernández Herrera en calidad de apoderado del hoy **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, **quedando en firme el 28 de septiembre de 2018, sin que se interpusiera recurso de reposición, dentro del término legal establecido.**

Dicho pago fue abonado en la **Cuenta BANCOLOMBIA del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, el **24 de octubre de 2018**.

Por lo anterior, es menester precisar que la devolución de dinero por concepto de parafiscales, está cobijado bajo una normativa específica, por ser un tema muy particularidad y de resorte exclusivo de la Entidad y del Sector la cual se encuentra vinculado, motivo por el cual ha de valorarse en su forma más estricto exigible, pues las sumas de dinero que allí se encuentran en controversia una vez ingresaron a la Entidad adquirieron la naturaleza de pública y su tratamiento deberá acondicionarse de forma adicional al tratamiento que tiene estos recursos.

AL HECHO TRECE: NO ES CIERTO Y SE ACLARA que la información fue solicitada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al PAR, teniendo en cuenta que la misma estaba en custodia de este, así mismo, no es de recibo la afirmación, puesto que es claro que la misma hasta tanto no fuera analizada por parte de área encargada de la Entidad a la luz de lo normado sobre el tema en particular, determinar la existencia o no de saldos a favor es un proceso que requiere agotar cada uno de los trámites internos de la Entidad, y su respuesta debía ser lo suficientemente rigurosa.

A LOS HECHOS CATORCE, QUINCE: ES CIERTO Y SE ACLARA que con la información recolectada y solicitada se contestó por la Coordinación del Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá con oficio No.2018-364976-1100, tanto los trámites internos a seguir, así como la decisión del Comité No. 12 de fecha 13 de junio de 2018, en la cual se aprobó la devolución del mayor valor pagado por aporte parafiscal.

PÚBLICA

Así las cosas, mediante Resolución **2673 del 13 de julio de 2018**, la Directora Regional ICBF Bogotá, Ordeno la devolución de mayor valor pagado, por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER EN LIQUIDACIÓN** con **NIT. 830.122.398** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN** identificada con **NIT. 830.053.630,** por la suma de Dieciocho Millones Novecientos Noventa y Tes Mil Quinientos Doce Pesos ($**18.993.512.00),** correspondiente al mes de **enero a diciembre de 2015**.

La r**esolución antes indicada**, se notificó personalmente el Dr. Ismael Hernández Herrera en calidad de apoderado del hoy **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, **quedando en firme el 28 de septiembre de 2018, sin que se interpusiera recurso de reposición, dentro del término legal establecido.**

Dicho pago fue abonado en la **Cuenta BANCOLOMBIA del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, el **24 de octubre de 2018**.

Por lo anterior, es menester precisar que la devolución de dinero por concepto de parafiscales, está cobijado bajo una normativa específica, por ser un tema muy particularidad y de resorte exclusivo de la Entidad y del Sector la cual se encuentra vinculado, motivo por el cual ha de valorarse en su forma más estricto exigible, pues las sumas de dinero que allí se encuentran en controversia una vez ingresaron a la Entidad adquirieron la naturaleza de pública y su tratamiento deberá acondicionarse de forma adicional al tratamiento que tiene estos recursos.

AL HECHO DIECISEIS: NO ES UN HECHO: Esta es la transcripción que realiza el demandante de un párrafo del texto completo que componen una de las respuestas entregada por la Entidad al peticionario, por tanto su valoración deberá realizarse de forma integral para saber qué fue lo que Administración trasmitió, más no que fue lo único que quiso entender la contraparte.

AL HECHO DIECISIETE: NO ES CIERTO: toda vez que mediante derecho de petición con radicado E-2019-294558-1100 del **29 de mayo de 2019** el apoderado el **PATRIMONIO AUTOMONO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN,** solicitó el reintegro del dinero pagado en exceso durante el periodo comprendido entre el año **2011 a 2015** con los intereses de mora causados por concepto de **Prima de Vacaciones en los siguientes términos:**

***"…** manifestando que existe un saldo a favor de INCODER por valor $ 261.725.222.00, correspondiente a los períodos 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 y el valor de $710.122.222, por concepto de intereses.*

En consideración a los factores salariales, es preciso hacer referencia que de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, la prima de vacaciones no constituye salario, puesto que no se trata de una retribución directa de servicios, razón por la cual, no debió ser incluido en la base gravable de la obligación parafiscal.

*Bajo esa premisa, es admisible concluir que, al haber aportado por concepto de prima de vacaciones, se configuran pagos en exceso, respecto de los cuales a esta Unidad de Gestión le asiste la obligación y/o facultad legitima de solicitar su devolución, esto en cumplimiento de la obligación contemplada en el **literal j de la cláusula 2ª.del contrato de fiducia, así como el anexo No. 2.6 – cuentas por cobrar, en el que se encuentra contenida la obligación relacionada …***

PÚBLICA

De conformidad con lo anterior, la Entidad mediante oficio S 2019-352712-1100 del 20 de junio de 2019, la Coordinadora del Grupo Recaudo dio respuesta al derecho de petición advirtiendo a la entidad que su solicitud fue resuelta mediante Resolución 2673 del **13 de julio de 2018**, **sin que mediara recurso alguno** razón por la cual ya se encuentra agotada la actuación gubernativa y en firme de conformidad con el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Por los motivos anteriormente expuestos, no es de recibo las afirmaciones mencionadas en el escrito de demanda, toda vez que la Entidad fue lo suficientemente explicativa en sus argumentos de hecho y derecho, así como en las garantías sobre las cuales se desarrolló el proceso.

AL HECHO DIECIOCHO: NO ES UN HECHO Y SE ACLARA: Esta la transcripción que realiza el demandante de un párrafo del texto que componen una de las peticiones que se hicieron a la Entidad por parte de este.

Sin embargo, se hace necesarios precisar que con la información recolectada y solicitada se contestó por la Coordinación del Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá con oficio No.2018-364976-1100, tanto los trámites internos a seguir, así como la decisión del Comité No. 12 de fecha 13 de junio de 2018, en la cual se aprobó la devolución del mayor valor pagado por aporte parafiscal.

Así las cosas, mediante Resolución **2673 del 13 de julio de 2018**, la Directora Regional ICBF Bogotá, Ordeno la devolución de mayor valor pagado, por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER EN LIQUIDACIÓN** con **NIT. 830.122.398** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN** identificada con **NIT. 830.053.630,** por la suma de Dieciocho Millones Novecientos Noventa y Tres Mil Quinientos Doce Pesos ($**18.993.512.00),** correspondiente al mes de **enero a diciembre de 2015**.

La r**esolución antes indicada**, se notificó personalmente el Dr. Ismael Hernández Herrera en calidad de apoderado del hoy **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, **quedando en firme el 28 de septiembre de 2018, sin que se interpusiera recurso de reposición, dentro del término legal establecido.**

Dicho pago fue abonado en la **Cuenta BANCOLOMBIA del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN**, el **24 de octubre de 2018**.

Por lo anterior, es menester precisar que la devolución de dinero por concepto de parafiscales, está cobijado bajo una normativa específica, por ser un tema muy particularidad y de resorte exclusivo de la Entidad y del Sector la cual se encuentra vinculado, motivo por el cual ha de valorarse en su forma más estricto exigible, pues las sumas de dinero que allí se encuentran en controversia una vez ingresaron a la Entidad adquirieron la naturaleza de pública y su tratamiento deberá acondicionarse de forma adicional al tratamiento que tiene estos recursos.

AL HECHO DIECINUEVE: ES CIERTO Y SE ACLARA: La Entidad siempre ha garantizado los derechos fundamentales de todas las personas (naturales o jurídicas) que acuden en solicitud de protección a esta, resolviendo de forma eficaz y pronta, en lo que su competencia le permite.

En ese orden de ideas y una vez revisadas los documentos que anteceden a la resolución **2673 del 13 de julio de 2018,** así como los argumentos de la parte emotiva

PÚBLICA

de esta, se puede evidenciar que se cumplió con los presupuestos necesario para su expedición y los requisitos exigidos en la normativa existente.

Así las cosas, la Entidad al contestar la petición mediante oficio S 2019-352712-1100 del 20 de junio de 2019, en el cual la Coordinadora del Grupo Recaudo informó que la petición en mención la entidad ya la había resuelto mediante Resolución 2673 del **13 de julio de 2018**, **sin que mediara recurso alguno, puesto que** se encuentra agotada la actuación gubernativa y en firme de conformidad con el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), garantizó la respuesta de fondo y en forma oportuna, tal como lo demanda los preceptos que componen el derecho de petición, sin que se pueda entenderse que la respuesta no satisfaga la petición sea violatoria

AL HECHO VEINTE: PARCIALMENTE CIERTO: Si bien el juzgado Veintisiete (27) Administrativo tuteló el derecho de petición, teniendo como argumento que la Entidad no se había pronunciado supuestamente de fondo en el tema allí mencionado, su interpretación no fue acertada, puesto que la Entidad ya había explicado en los documentos que componen el expediente de forma amplia y suficiente tanto de hecho como derechos las razones en las cuales estaban amparando su decisión, sin embargo y con el fin de dar cumplimiento al fallo se expidió el oficio 20193480000023681 del 14 de agosto de 2019, en el cual el ICBF dio respuesta al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN, extendiendo y explicando las normas que amparan el pago de la Prima de Vacaciones como una prestación que existe para el disfrute en este caso de los servidores públicos, de sus vacaciones, lo que pone en evidencia su condición de pago por un descanso remunerado, que obliga a tenerse en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal como lo confirma la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese orden de ideas, no era admisible de por parte de la Entidad desconocer el precedente jurisprudencial que sobre el tema la alta Corporación ya ha explicado, en detrimento de la Entidad y en favorecimiento del peticionario.

AL HECHO VEINTIUNO: ES CIERTO Y SE ACLARA que la respuesta emitida oficialmente por la Entidad al mencionado recurso tuvo su correspondiente contestación a través de la resolución No. 3517 del 17 de septiembre de 2019, en la cual se expuso las razones de hecho y de derecho que llevaron a tomar la correspondiente decisión.

AL HECHO VEINTIDOS: ES CIERTO Y SE ACLARA: El PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES INCODER EN LIQUIDACIÓN identificado con el NIT 830.053.630-9 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la misma mediante oficio 20193450000062412 del 29 de agosto de 2019, en los siguientes términos:

"(…) solicito modificar el acto administrativo de la referencia y en su lugar realizar la devolución de las sumas indebidamente pagadas entre el año 2011 y 2015, periodos en los cuales se haber incluyó (sic) como factor salarial la prima de vacaciones con sus respectivos intereses e indexación, lo anterior teniendo en cuenta que estas sumas se pagaron contrariando así la normatividad especial sobre esta contribución.
En caso de no ser recibida los argumentos expuestos, solicito se aclare el cambio de posición respecto a la prima de vacaciones como factor salarial para el aporte parafiscales, ya que mediante concepto 35 de 2015 emitidos por el ICBF indicó la no inclusión de este.

Así mismo solicito se pronuncie sobre el detrimento patrimonial que pudo haber tenido el ICBF en 2015 al expedir el concepto. (…)

Que teniendo en cuenta que los recursos no proceden contra los actos de trámite mediante los cuales no se está tomando decisión alguna y, que la reclamación realizada es sobre el mismo tema plasmado en la Resolución No. 2673 del 13 de julio de 2018, la Dirección Regional ICBF indicó que el procedimiento para la presentación, tramite y resolución de los recursos interpuestos contra los actos administrativos se encuentra reglado en el artículo 74 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), y que el recurso presentado por el demandante, adolece del requisito de término u oportunidad al interponerse de manera extemporánea, habida consideración, que el plazo legal para la interposición del recurso venció el día 13 de septiembre de 2018 y el oficio del recurrente fue presentado el día 29 de agosto de 2019, razón por la cual el recurso se RECHAZÓ DE PLANO, mediante Resolución 3517 del 17 de septiembre de 2019.

Nótese que la Entidad ha sido desde el inició de la controversia sobre el presente asunto, lo suficientemente amplia en sus razones de hecho y derecho sobre las cuales ha sustentado su decisión, la cual no necesariamente debía ser acorde con los deseos del demandante, tal como ha dejado de manifestó en la presente demanda.

AL HECHO VEINTITRES: PARCIALMENTE CIERTO: La resolución 3517 de fecha 17 de septiembre de 2019, expedida por la Directora Regional, notificada por Aviso y quedó en firme el 25 de octubre de 2019 de acuerdo con la certificación expedida por la empresa e Servicios Postales Nacionales S.A. –472.

Sobre el particular es menester precisar que la parte resolutiva declaró el rechazo del recurso por extemporáneo, teniendo en cuenta la fecha en la cual se presentó el recurso, sin embargo no es de recibo el ataque que realiza el demandante, pues la resolución como bien se menciona versó sobre la extemporaneidad de la presentación.

Es claro para las partes que los términos son preclusivos motivo por el cual no es discutible el rechazo que se decretó.

En ese orden de ideas, el hecho de que la Administración se haya manifestado sobre las razones de hecho y de derecho que desde el principio le expuso al demandante sobre el tener en cuenta la prima de vacaciones como factora tener en cuenta para la liquidación, sobre el cual este no ha estado de acuerdo, no es de recibo, pues la columna vertebral sobre la cual se construyó el acto administrativo atacado no fue la prima de vacaciones, sino la extemporaneidad del recurso, así las cosas el acceso a la jurisdicción de los contencioso administrativo, no está para revivir términos o revivir recursos, sino para administrar justicia y dirimir los conflictos.

Expuestos los motivos de hecho y de derecho sobre las cuales se ilustraron ampliamente las imprecisiones sobre las cuales el demandante construyó la presente demanda, se reitera que discusión quedó zanjada desde la expedición de la resolución 2673 del 13 de julio de 2018, por la Directora Regional ICBF Bogotá, en la cual ordenó la devolución de mayor valor pagado, por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER EN LIQUIDACIÓN y los factores que se tuvieron en cuenta para el mismo.

IV. EN CUANTO A LAS NORMAS VIOLADAS.

El accionante manifiesta que presuntamente se violaron las siguientes normas: Concepto 35 de 2015, expedido por el ICBF, concepto 11960 emitido por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y el Concepto 2317 de 2018, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Las anteriores normas citadas por la accionante en ningún momento han sido violadas como veremos más adelante, además de tener carácter supletorio en nuestro ordenamiento jurídico colombiano y no tener la fuerza reglamentaria como la Constitución, Ley y la jurisprudencia son orientadores y sirven de orientación para la posible ilustración de los temas abordados, sin embargo y como se demuestra durante toda la actuación el ICBF ha observado la observación de lo que allí se dispone revistiendo de legalidad los actos expedidos.

V. ANALISIS JURÍDICO DE LAS NORMAS EN QUE SE AMPARA LA LIQUIDACIÓN DEL APORTE PARAFISCAL DEL ICBF- CONCEPTO VIOLACIÓN

5.1. PRIMA DE VACACIONES COMO FACTOR SALARIAL INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-INCODER EN LIQUIDACIÓN

Efectivamente, el artículo 1 de la ley 89 de 1988, establece que los aportes al ICBF se calcularan y pagaran teniendo en cuenta como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios, consignado en el artículo 17 de la ley 21 de 1982, concordante con el artículo 3 de la ley 27 de 1974.

La Liquidación 2016110007 del 20 de enero de 2016, se elaboró con base en las normas legales y en la certificación expedida por la Coordinación de Gestión de Talento Humano del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-INCODER EN LIQUIDACIÓN el 7 de enero de 2016, donde se indican las siguientes bases para liquidar los aportes parafiscales:

- Sueldo básico
- Sueldo de vacaciones
- Prima Técnica salarial
- Bonificación de servicios prestados
- Subsidio de alimentación
- Prima de servicios
- Prima de vacaciones
- Horas extras
- Recargos nocturnos y festivos
- Indemnización por vacaciones.

En atención al anterior párrafo se hace necesario efectuar las siguientes precisiones: Si bien es cierto, las prestaciones sociales no se incluyen dentro de la base sobre la cual calculan los aportes parafiscales, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, es preciso aclarar que la seguridad social se cotiza sobre el salario, y el artículo 127 del Código sustantivo del trabajo dice que: "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". (resaltado fuera de texto).

En el artículo 127 se contempla la palabra "primas" que deben considerarse como aquellas extralegales, que han sido pactadas entre el trabajador y el empleado, y no debe entenderse esta prima como lo refiere a la prima de servicios obligatoria, puesto que esta no constituye salario y por consiguiente no forma parte de la base para el cálculo de los aportes a seguridad social. Así las cosas al tener tratamiento diferente por parte de la normativa, como el caso de la prima de vacaciones la misma sí deberá tenerse en cuenta en la base de liquidación de la nómina mensual del salario.

PUBLICA

5.2. CONCEPTO 35 DE 2015- EMITIDO POR LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL ICBF, señala respecto a las primas:

La base sobre la cual se debe calcular el aporte parafiscal es la nómina mensual de salarios, incluidos los elementos que conforman el salario definidos en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 que señala: "*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". (resalta fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, la base para liquidar los aportes parafiscales es la nómina de salarios, entendiendo por tal, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral.

5.3. CONCEPTO 11960 DE 2017- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, señaló sobre la prima de vacaciones:

El carácter salarial de la prima de vacaciones ya ha sido discutido por los altos tribunales del país desde hace mucho tiempo y hoy por hoy no cabe duda del mismo. Dentro de los abundantes pronunciamientos sobre la materia, podemos partir del emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 27 de noviembre de 1996, con ponencia del Magistrado César Hoyos Salazar y radicación número 923, referencia: Contribución Parafiscal al SENA. Salario base para su liquidación, consulta elevada en esa oportunidad por el Ministro de Trabajo Orlando Obregón: En esa oportunidad dijo el Consejo de Estado: "1.2 La noción de salario en el régimen de los empleados públicos. De manera general se puede afirmar que el criterio adoptado por la legislación referente a los empleados públicos, fue el de que los pagos retributivos del servicio tuvieran carácter habitual, para que constituyeran salario.

Así lo consagró el artículo 42 del Decreto - ley 1042 de 1978, el cual dispone, luego de que el 41 ha determinado la noción de salario en especie. De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario 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 refiere 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.

Sin embargo, es oportuno anotar que la misma legislación se ha encargado, en aras de dar claridad, discriminar los factores constitutivos de salario que se deben tener en cuenta para la liquidación de determinadas prestaciones, como, por ejemplo, las vacaciones y la prima de vacaciones, la prima de navidad, la cesantía y las pensiones, y algunas prestaciones de salud y el seguro por muerte (arts. 17, 33, 45 y 46 del Decreto - ley 1045 de 1978).

Al verificar la naturaleza de tales factores, se observa que corresponden a pagos habituales efectuados a los empleados." (Resaltado fuera de texto).

PÚBLICA

5.4. MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, EN CONCEPTO 1100000 - 57984 Y 57965 87611 DE 2 DE MAYO DE 2012, refiere:

"*(….)* ***En cuanto a los aportes parafiscales al ICBF****, debe indicarse que el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988, señala que estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de* ***liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982*** *(1). En este caso y conforme lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No 1001-03-06-000-2010-00069- 00(2013) del 8 de febrero de 2011 (2), la base para el cálculo de los aportes parafiscales, los factores salariales que se deben tener en cuenta son lo que la ley laboral reconoce como tales, es decir los previstos en el* ***artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978***". *(Resaltado fuera de texto)*

La norma citada en el concepto mencionado es del siguiente tenor: "Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos***, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagas hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral***, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales" (Resaltado fuera de texto).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante pronunciamiento con número interno 2.013 del 8 de febrero de 2011, ponencia del Consejero Luis Fernando Álvarez Jaramillo manifestó:

"(….) 3.3 Concepto de "nómina mensual de salarios" El artículo **17** de la ley 21 de 1982, mediante la cual se modificó el régimen de subsidio familiar. Estableció la que se debe entender por nómina mensual de salarios en los siguientes términos: (Trascribe la norma citada). Como se observa, en términos del artículo ***17 d***e la ley 21 de 1982, ***para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales se debe tomar como base la "nómina mensual de salarios", entendida como la totalidad de: a) los pagos efectuados que constituyan salario conforme a la legislación laboral general, más b) los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convenciones y contractuales.***
(….)
Ahora bien, tanto en el sector público como en el privado, el concepto de lo que constituye salario es el mismo, así lo resalto la Sala en el concepto 1760, ya citado: "Ahora bien, como según el citado artículo 17 de la ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de este primer grupo de aportes parafiscales se debe tomar como base la totalidad de los pagos efectuados que constituyan "salario" conforme a la legislación laboral en general, es importante tratar de precisar que se entiende por tal en el sector público (subrayado en el texto original) // Al respecto la Sala en el concepto identificado con la radicación 923 del 27 de noviembre de 1996 señaló:

"***1.2. La noción de salario en el régimen de los empleados públicos****. De manera general se puede afirmar que el criterio adoptado por la legislación referente a los empleados públicos fue el de que los pagos retributivos del servicio tuvieran el carácter habitual para que constituyeran salario. // Así lo consagró el artículo 42 del Decreto –*

ley 1042 de 1978, el cual dispone luego de que el 41 ha determinado la noción de salario en especie. (Trascribe la norma mencionada)

En síntesis, del contexto de la norma transcrita se tiene que, en términos generales, ***constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución a sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho,*** *al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la calidad y cantidad de trabajo"* ***(subrayado fuera de texto).***

En resumen, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé.

De lo anterior, se exceptuará lo que expresamente la ley señale, como es a manera de ejemplo, el auxilio de transporte y los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario. *// El salario así entendido junto con el pago por los descansos remunerados, hace parte del concepto "nómina mensual de salarios", base de liquidación de los aportes parafiscales" (resaltados fuera de texto).*

LA CORTE CONSTITUCIONAL *hace la siguiente consideración en la sentencia C-892 de 2009, citada como fundamento en el concepto del ICBF, dispone en uno de sus aportes:*

"A partir de las consideraciones expuestas, se tiene que las vacaciones son, ante todo, el disfrute del trabajador de un descanso remunerado, cuya conmutación en dinero es del todo excepcional y está sometida a estrictos controles legales, precisamente porque el goce efectivo de ese derecho se logra a partir de la cesación en la prestación del servicio y no en percibir una determinada suma de dinero. Empero, debe hacerse una distinción respecto de dos fenómenos jurídicos que, al aparecer, el demandante confunde: ***La legislación laboral prevé las vacaciones, como descanso remunerado provisto de las condiciones anotadas, y la prima de vacaciones, esta sí es una suma de dinero que se reconoce al trabajador como ingreso extralegal. Este monto, en tanto tiene la condición de prima, de manera general hace parte del concepto de salario, como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al prever que "las primas habituales sin excepción (incluida naturalmente la de vacaciones) son típicos elementos integrantes del salario.***

De otra parte, es errado pensar que una prima vacacional no implique retribución de servicios, siendo que para obtener el derecho a ella es presupuesto indispensable haber laborado el tiempo necesario para generar las respectivas vacaciones. La prima que no es factor salarial es la legal de servicios según lo dispuso el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo pero ella no es la prima de vacaciones que sí es factor del salario".[22]*En consecuencia, estas sumas estarían cobijadas por la indemnización moratoria o los intereses supletorios cuando el empleador, sin que pudiera alegar la existencia de buena fe, omitiere pagar las sumas debidas a la finalización del contrato de trabajo.*

[21] Debe tenerse en cuenta que la condición de factor salarial de la prima de vacaciones, en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no opera de forma automática, sino que debe determinarse en cada caso concreto si adquiere esa naturaleza, amén de su carácter extralegal. Al respecto, ese alto tribunal ha establecido que "Este beneficio extra legal de los trabajadores, si bien en ocasiones puede llegar a ser factor de salario, atendidos los elementos fácticos que demuestren en un momento dado que su finalidad sí fue la retribución de servicios, per se no es factor de salario –como lo entendió de modo erróneo el ad quem–, esto es, su simple convenio en un acuerdo colectivo ayuno de la precisión acerca de su naturaleza, no faculta al juzgador para derivar automáticamente de ese simple hecho la naturaleza salarial; a fortiori si en la propia convención colectiva o aún en el contrato individual de trabajo (L. 50/90, art. 15) se le despoja de ese carácter o se pacta simple y claramente como un beneficio accesorio a los descansos o a las vacaciones para que no sea colacionable como factor de liquidación prestacional". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de marzo de 1999. Radicación 11.539. (M.P. José Roberto Herrera Vergara). [22]Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia marzo 22 de 1988.

Por último, no puede desconocerse que, dentro del régimen laboral de los empleados públicos, la propia normatividad señala que ***la prima de vacaciones es factor salarial para el pago de otras prestaciones, reconociendo su carácter de salario****, entendido este en el sentido dado por la normatividad laboral.*

De lo expuesto es forzoso concluir sin ser necesario hacer más elucubraciones, que la prima de vacaciones si es salario y debe tenerse en cuenta en la base para la liquidación de los aportes parafiscales, tal como lo señala la jurisprudencia y doctrina relacionadas en este concepto".

Cabe resaltar que con respecto a la ***prima de vacaciones****, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación Interna 2317 del 24 de abril de 2018, Número Único: 11001-03-06-000-2016-000219-00, sobre factores que constituyen Ingreso Base de Cotización (IBC) para el cálculo de aporte parafiscal a la ESAP, Conjuez Ponente: Alberto Montaña Plata, señaló lo siguiente al preguntarse* ***"¿Teniendo en cuenta que la prima de vacaciones se genera cuando el servidor público tiene derecho al disfrute de vacaciones debe incluirse dentro de la liquidación de las contribuciones parafiscales, o al tener la connotación de prestación social no hace parte de la misma?":***

"Es evidente que, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, la prima de vacaciones de los servidores públicos es comprendida como una prestación social. Así se establece, tanto para empleados públicos, como para trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público del orden central, en términos similares al ámbito de aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978, por parte del también decreto Ley 1042 de 1978 (16). En efecto, el literal d) del artículo 5 de este decreto contempla a la ***prima de vacaciones*** *como una prestación social. (resaltado fuera de texto).*

Tal caracterización de la prima de vacaciones coincide además con lo dispuesto en la ley laboral ordinaria. Más que por la pertinencia de esta normatividad para la prima de

vacaciones de los servidores públicos que se analiza, se cita para poner de presente que pareciera coincidir con la legislación especial revisada (Decretos ley 1042 y 1045 de 1978) en el sentido de distinguir, salarios y factores que lo componen, de prestaciones sociales.

Para el objeto de este concepto, tal consideración resulta importante para poner de presente que, en el análisis de sí la prima de vacaciones debe o no considerarse para la liquidación del aporte parafiscal que se analiza, la Sala entiende que no puede comprenderse esta como un factor comprendido dentro del concepto de salario de la "ley laboral" aplicable a los servidores públicos en general y por ende a los empleados públicos en particular. Pese a la posibilidad argumentativa de posiciones en contra de esa afirmación vale la pena señalar que de ser viables ellas, solo podrían entender a la prima de navidad como factor salarial, para efectos de liquidación de cesantías y pensiones.

Sin embargo, se recuerda que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, relativo a la base de liquidación, entre otros, del aporte parafiscal que debe hacerse a la ESAP, a más de los "pagos hechos por los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral" hace relación a los "pagos (…) verificados por descansos remunerados de ley".

La comprensión de la ***prima de vacaciones*** *como una prestación que existe para el disfrute, en este caso de los servidores públicos, de sus vacaciones, pone en evidencia, su condición de pago por un descanso remunerado, razón por la cual, no le asisten dudas a esta Sala* ***de que esta prestación debe ser tenida en cuenta para el cálculo del aporte parafiscal que se analiza****." (resaltado fuera de texto)*

5.5. CONCEPTO DE VIOLACION DE LAS NORMAS EN QUE DEBERIA FUNDARSE EL ACTO ADMNISTRATIVO POR DESCONOCIMIENTO DE LO DISPUESTO EN EL ART. 17 ley 21 de 1982. PAGOS QUE COSNTITUYEN SALARIO.

1.- Fundamento normativo para incluir los pagos realizados por concepto de vacaciones, en la base de liquidación de aportes parafiscales.

Las contribuciones o aportes parafiscales constituyen una de las especies del tributo, y obedecen a la facultad impositiva del Estado. Se graba un determinado ramo, actividad o sector de la población a fin de atender necesidades específicas de la población y su pago es obligatorio sin contraprestación directa para el contribuyente o sujeto pasivo de la obligación.

La Ley 27 de 1974, articulo 2, ordena que:

> *A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar, atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral al preescolar, para menores de 7 años hijos de empleados públicos y de trabajadores oficiales y privados.*

PÚBLICA

PARAGRAFO. Los centros de atención integral al preescolar, que se crean por la presente Ley, harán parte de un sistema nacional de bienestar familiar, y tendrán el carácter de instituciones de utilidad común. Quedan incluidas en la denominación a que se refiere este artículo, las instituciones que prestan servicios de sala-cunas, guarderías y jardines infantiles sin ánimo de lucro, los centros comunitarios para la infancia y similares.

Este artículo fue modificado por la ley 89 de 1988 que en su artículo primero ordena que:

"A partir del 1° de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7ª de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de nómina mensual de salarios".

Siendo este el porcentaje que el funcionario taso al momento de determinar la deuda y proferir la resolución objeto de este debate.

El artículo 17 de la ley 21 de 1982, dispone que:

"Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagas hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. Los pagos hechos en moneda extranjera; deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago".

El artículo 127, del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990, dice que:

"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",

El artículo 128 de la misma norma, fue modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990 e imparte lineamiento respecto de los

"PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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,

PÚBLICA

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."

En virtud de lo anterior, no es cierto que exista un desconocimiento por parte del ICBF, de las normas respecto de la base para la liquidación de los aportes en relación con las primas de vacaciones pagadas.

5.5.1. *Base para determinar el aporte al ICBF sobre los pagos por concepto de prima de vacaciones*.

Continuando con la argumentación del numeral anterior, esbozado por el ICBF, en el sentido de que la base para determinar el aporte por concepto de parafiscales, en cuanto a lo manifestado con ocasión de las primas de vacaciones, se aclara que la base de liquidación de los aportes parafiscales se encuentra regulada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, el cual determina:

"Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales".

De otra parte, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, denominado NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA. Refiere:

"Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad."

De conformidad con lo anterior, no existe norma que diga que al momento de calcular el ingreso base de cotización (IBC) para calcular el aporte parafiscal, respecto a la prima de vacaciones pagadas, se les aplica norma diferente a la anteriormente citada, razón por la que ha de aplicarse la norma general, es decir lo reglado respecto a las vacaciones y su prima, esto es que los descansos remunerados son base para liquidar el aporte parafiscal (art. 17 de la Ley 21 de 1982).

PÚBLICA

De conformidad con lo anteriormente mencionado, no existe fundamento para excluir del IBC el valor pagado por concepto de prima de vacaciones a personal contratado y no existen razones diferentes a las legales y jurisprudenciales por las que el ICBF no ha debido tener en cuenta todos los factores que se incluyeron para la liquidación de los parafiscales.

Por consiguiente, la aplicación de la norma tanto general (ley), así como la específica (jurisprudencia y conceptos) debe entenderse de forma armónica, es decir, el factor salarial contemplado se ajusta tanto en la ley como en la jurisprudencia para tomarse como base para la liquidación de los parafiscales y por tanto la Entidad no incurrió en ningún momento de la expedición de las resoluciones por fuera del marco legal del tema que nos atañe en el presente proceso, revistiendo así su actuación del principio de legalidad que gobiernan los actos administrativos.

VI. EXCEPCIONES

6.1. INEXISTENCIA DE LA VIOLACION NORMATIVA IMPUTABLE AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

No se tipifica violación alguna imputable al ICBF, por cuando se dio aplicabilidad a la legislación vigente en materia de parafiscales, así:

La Ley 21 de 1982, le es aplicable al ICBF en cuanto al concepto de nómina, por remisión que realiza el parágrafo 1° del artículo 2 de la Ley 89 de 1988. Y el aporte parafiscal al ICBF, está enmarcado por el artículo 2º de la Ley 27 de 1974, El numeral 4º del de la Ley 7ª de 1979, establece que el patrimonio del ICBF está constituido entre otros, por: "El 2 por ciento del valor de las nóminas mensuales de salario de todos los patronos y entidades públicas o privadas". Y la Ley 89 de 1988, aumentó en un punto el aporte para completar el tres por ciento (3%).

El Decreto 2388 de 1979, indica los sujetos activos del aporte parafiscal: "Los patronos y entidades públicas o privadas, sin excepción, deben pagar al ICBF el 2% del valor de sus nóminas mensuales de salarios".

Por lo tanto cuando la Ley no hace distinción o establece una diferencia en el trato de un grupo económico o social, el intérprete no puede hacer distinciones, sin que esté autorizado por el legislador, o que la Corte Constitucional en una examen de constitucionalidad, establezca este trato desigualdad, después de aplicar el tex de proporciona.

El artículo 27 del Código Civil, establece que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Teniendo en cuento el contenido material de esta norma, las Leyes que rigen el porte parafiscal no establecen una excepción del sujeto activo del pago del aporte, por el contrario establece en un plano de igualdad, a todos los empleados tanto del sector privado y público, cuanto emplee a uno o más empelados sin tener en cuenta la actividad económica.

PÚBLICA

La ley 89 de 1988 en su artículo 1° menciona que principal fuente de recursos económicos del ICBF proviene del aporte parafiscal del 3% sobre las nóminas mensuales de salarios pagados por todos los empleadores públicos y privados.

En este mismo compendio normativo establece el artículo 1 de la ley 89 de 1988, establece que los aportes al ICBF se calcularan y pagaran teniendo en cuenta como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios, consignado en el artículo 17 de la ley 21 de 1982, concordante con el artículo 3 de la ley 27 de 1974.

La Ley 489 de 1998 el artículo 78 dice que es deber de la Dirección General ejercer las funciones relacionadas con la autonomía administrativa y financiera que le es propia al ICBF en su condición de establecimiento público del orden nacional.

La ley 6 de 1992, articulo 113, dice que le corresponde al ICBF adelantar los procesos de fiscalización y cobro para determinar el correcto y oportuno pago de los aportes a su favor.

El Decreto 2388 de 1979 establece en su artículo 86 que las entidades y empresas deben suministrar al ICBF la información que este requiera para verificar la exactitud de los aportes.

El Decreto 562 de 1990, artículo 4° establece que los funcionarios autorizados por el ISS, Sena, ICBF, Cajas de Compensación y la Caja de Crédito Agrario, en su caso, podrán verificar en las empresas la afiliación correcta y oportuna de los trabajadores a las respectivas entidades, como también las bases de liquidación y el pago oportuno de los aportes a que se refieren las disposiciones correspondientes y dicho decreto conforme a las normas vigentes

La Ley 789 de 2002 artículo 50 establece mecanismos para el control de la evasión de los recursos parafiscales, definiendo que para la celebración, renovación o liquidación por un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, se debe verificar el cumplimiento por el contratista de las obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar.

La resolución 731 de 2008, emanada de la dirección general del ICBF, define que la resolución de determinación de la deuda es el acto administrativo motivado mediante el cual se determina la deuda del aportante y se ordena el pago.

El Código Contencioso Administrativo en sus articulo 62 y 63 menciona que se entiende agotada la vía gubernativa cuando un acto administrativo queda en firme como consecuencia del vencimiento de los términos establecidos para presentar los recursos sin que se hubieren interpuesto, o estos hayan sido resueltos o si el aportante renuncia a términos.

El CONCEPTO 35 DE 2015- EMITIDO POR LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL ICBF: menciona lo que la base sobre la cual se debe calcular el aporte parafiscal es la

PUBLICA

nómina mensual de salarios, incluidos los elementos que conforman el salario definidos en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990

La resolución No. 2868 de 2011, establece los lineamientos para adelantar el proceso de fiscalización y cobro del aporte parafiscal del 3%.

Como se demostró, el ICBF, profirió la resolución en la declaró desierto el recurso No. 3517 del 17 de septiembre de 2019, dentro de los parámetros normativos legal, vigente y con fundamento en la liquidación y demás documentos que componen el presente expediente, respetando los derechos de la parte, otorgando las garantías procesales y procedimentales.

6.2. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

De los argumentos esgrimidos en la defensa, en la presente contestación de la demanda, se deduce de las pretensiones, que la accionante no debió atacar ni la resolución No. 3517 del 17 de septiembre de 2019, por medio de la cual rechazó el recurso por extemporáneo interpuesto por la aquí demandante, proferida por la Dirección del ICBF Regional Bogotá, ni la composición jurídica completa liquidación de aportes No 2016110007 del 20 de enero de 2016 y la resolución 2673 del 23 de julio de 2028, por medio de la cual se ordenó la devolución de un mayor valor pago, en la medida en que según los parámetros de la doctrina y la jurisprudencia las decisiones tomadas por el ICBF se encuentran ajustada a la normativa existente, lo anterior a la luz de la valoración de las pruebas y argumentos dados en la demanda, la contestación y las pruebas, dejando en evidencia no falta de coherencia entre los hechos y las pretensiones de la demanda.

6.3. LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los aportes destinados al ICBF están regidos por el artículo 2° de la Ley 27 de 1974, "A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los patronos y entidades públicas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios, para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, atienda a la creación y sostenimiento de centro de atención integral al preescolar, para menores de 7 años de empleados públicos y de trabajadores oficiales y privados".

A su vez, la Ley 7a de 1979, en su artículo 39 numeral 4° dispone que el patrimonio del ICBF está constituido entre otros, por "El 2 por ciento del valor de las nóminas mensuales de salario de todos los patronos y entidades públicas o privadas".

El Decreto 2388 de 1979, fue más específico al indicar quienes son los sujetos de la obligación parafiscal al señalar "Los patronos y entidades públicas o privadas, sin excepción, deben pagar al ICBF el 2 °/o del valor de sus nóminas mensuales de salarios".

A partir de la Ley 89 de 1988, el porcentaje del aporte con destino al ICBF, fue fijado en el tres por ciento (3%) sobre nómina mensual de salarios, y con el fin de hacer claridad

sobre dicho concepto, el artículo 1° del parágrafo 1°, dispuso: "Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales —1SS- o los del subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF-, también podrá recaudar los aportes. Los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba del pago de los aportes para fines tributarios".

Como se observa, las normas que rigen el aporte con destino al ICBF no establecen ningún tipo de excepción con relación a la calidad del empleador, o su actividad económica, o naturaleza de la labor que contrata con el empleado, capital, número de empleados, labor que estos desempeñan, prestaciones sociales, factores que componen el IBC, permanencia en el servicio, o cualquier otro tipo de condición que asuma el empleador.

Es principio general del derecho que cuando la ley no hace distinción frente a un asunto concreto, el intérprete no puede entrar a hacer distinciones de ninguna índole. Para el caso que nos ocupa, se reitera, que las normas que regulan el aporte parafiscal con destino al ICBF no establecen ningún tipo de diferenciación en el pago de las primas legales, vacaciones, primas de vacaciones, o cualquier otra prestación pactada en el contrato, razón por la cual, no le es dable al intérprete darle otros alcances que la misma ley no estableció.

Por lo anterior, es claro que el empleador que al contrata personal quien debe efectuar el aporte al ICBF, de debe realizar de acuerdo con las normas que rigen la materia.

La Ley 828 de 2003, establece normas tendientes a castigar la evasión de los aportes parafiscales con destino al ICBF, otorgando a las entidades públicas facultades de vigilancia en la ejecución de los contratos en el cumplimiento de las obligaciones parafiscales, así como atribuciones de inspección y vigilancia al Ministerio de la Protección Social, con la imposición de sanciones pecuniarias por no suministro de información o pago oportuno de los aportes, y la derivación de responsabilidad penal.

El pago del aporte es de carácter obligatorio, y su omisión genera varias sanciones a saber, dentro ellas encontramos los intereses de Mora, que a partir del 29 de julio de 2006, los empleadores obligados a efectuar el aporte parafiscal con destino al ICBF, si no cancelan oportunamente dichos aportes, deberán liquidar y pagar intereses de mora a la tasa equivalente a la tasa de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora (artículo 3° Ley 1066 de 2006).

VII. EXCEPCIÓN GENÉRICA

Propongo la excepción genérica, que según el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a cualquier hecho exceptivo que resultare probado en el

curso del proceso o en cualquier otra circunstancia en virtud de las cuales la ley considera que la obligación para mi representada no existió o la declara extinguida.

7.1. SOLICITUD DE VINCULACIÓN AL PRECEDENTE VERTICAL

Dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, incoado por Banco Davivienda S.A., contra el ICBF, radicada bajo el número 25000233700020131159-00, que cursó en el despacho del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección A, se zanjo la discusión sobre los factores que se constituían salario analizando cuál de las prestaciones pactadas legales o extra legales constituían hacen parte del salario y los cuales hacen parte del IBC para la liquidación de los parafiscales, explicando ampliamente allí los mismos, en el cual queda claro que acorde como el ICBF realizó la liquidación del IBC incluyendo las primas de vacaciones está acorde con lo explicado por la Sala en dicha sentencia.

De conformidad con los aspectos antes mencionado se deben tener en cuenta a la hora de decidir el presente asunto, ya que se está causando un daño patrimonial injustificado que a futuro podría ser objeto de enjuiciamiento ante lo contencioso administrativo.

De acuerdo con las decisiones adoptadas en sede judicial por el mismo Tribunal solicitamos que desde ya se le dé el respectivo alcance a la providencia proferida por la Sección B de esa misma Sala, en los términos del precedente vertical que sentó el Despacho.

VIII. PRUEBAS

Con el objeto de desvirtuar los hechos invocados por el accionante y demostrar los enunciados en la contestación de esta acción nulidad y restablecimiento de derecho, Solicito al Despacho se sirva tener como pruebas, además de las aportadas y solicitadas por la parte demandante, las siguientes:

8.1. DOCUMENTALES:

1. Las que reposan en el proceso y las que se aportan con la presente contestación de la acción.
2. Copias digital del expediente que compone el presente proceso desde el inicio del proceso de liquidación del INCODER, con los cuales se cuenta dentro del expediente administrativo que reposa en el Grupo de Recaudo del ICBF-Regional Bogotá.
3. Informe técnico del proceso expedido por la Coordinadora del Grupo de Recaudo
4. Cuestionario técnico del proceso llevado a cabo con el INCODER expedido por la Coordinadora del Grupo de Recaudo

IX. ANEXOS

1. Poder para actuar y sus anexos.
2. Copia del expediente administrativo, (24 carpetas digitales)
3. Informe técnico y cuestionario.

PÚBLICA

X. NOTIFICACIONES:

Mi mandante y el suscrito recibirán notificaciones en la Secretaria de su despacho y/o en la carrera 50 No. 26 - 51(CAN), teléfono 4377630 extensión 106060, Grupo Jurídico - Dirección Regional Bogotá ICBF- Bogotá, correo electrónico Julieth.pineda @icbf.gov.co

Atentamente,

Julieth Susana Pineda Martínez
C.C. No.1032377230 de Bogotá
T. P. 209. 522 del C.S.J.

PÚBLICA