

APORTES PARAFISCALES A FAVOR DEL ICBF - Normatividad / BASE DE LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES A FAVOR DEL ICBF – Determinación / NÓMINA MENSUAL DE SALARIOS - Concepto / SALARIO – Alcance. Lo constituye no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio / PAGO NO SALARIAL – Definición. Son los pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador / SALARIO – Elementos / SALARIO INTEGRAL – Condiciones / APORTES PARAFISCALES A CARGO DE LOS EMPLEADORES QUE PACTEN CON SUS TRABAJADORES SALARIO INTEGRAL – Liquidación / BASE DE LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES - Vacaciones para trabajadores con salario integral. Reiteración de jurisprudencia. Corresponde al setenta por ciento del valor de las vacaciones pagadas al trabajador

[L]os artículos 2° de la Ley 27 de 1974, 39 de la Ley 7 de 1979 y 1.° de la Ley 89 de 1988 establecen que todos los empleadores y entidades públicas y privadas están obligados a realizar aportes equivalentes al 3% de su nómina mensual de salarios a favor del ICBF, de acuerdo con la definición de nómina dictada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982. Según voces de esta última disposición, en lo que atañe a la liquidación de aportes, la noción de «nómina mensual de salarios» comprende la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, cualquiera que sea su denominación y, además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. El mismo artículo 17 ibidem remite a la legislación laboral para la valoración del concepto de salario. Así pues, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a favor del ICBF, la determinación de la base de los aportes viene dada en los términos establecidos en la normativa laboral, es decir, que la calificación de los emolumentos asumidos por el empleador a favor de su personal parte de la noción de salario contenida en los artículos 127 y 128 del CST. A su turno, esas disposiciones entienden por salario todos los pagos recibidos por el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, etc. Por el contrario, los pagos percibidos ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, no constituyen salario y, por consiguiente, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten. Sucede lo mismo con aquellos emolumentos respecto de los cuales el trabajador y el patrono hayan pactado expresamente la desalarización (artículo 128 CST). En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación sea calificada como salario debe: (i) ser una suma que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio; (iii) no operar por la mera liberalidad del empleador; (iv) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio; y (v) contar con carácter retributivo de la labor desarrollada, es decir que se presenten en el marco de una relación laboral. Por otra parte, el artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, habilita a empleadores y trabajadores para pactar por escrito una remuneración integral, en el entendido de que (i) solo los trabajadores que devengan más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) podrán convenir este tipo de salario; (ii) el salario integral compensa el trabajo ordinario y compensa el valor de las prestaciones, recargos y demás beneficios, excepto las vacaciones, y (iii) el factor prestacional a favor de estos empleados corresponde, como mínimo, al 30% de la retribución. De igual forma, la norma anotada aclara que los pagos efectuados por este concepto están sujetos a las contribuciones parafiscales a favor del SENA y el ICBF, pero que la liquidación de los aportes correspondientes se disminuye en el 30% que concierne a las

prestaciones sociales. Dicho de otro modo, los aportes parafiscales a cargo de los empleadores se calculan sobre el 70% de las compensaciones pagadas a los trabajadores con quienes se haya pactado una remuneración integral. Posteriormente, el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 señaló que en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 «la base para efectuar los aportes parafiscales [en casos de salario integral] es el setenta por ciento (70%) [de los emolumentos]». Ahora bien, en lo que respecta a los pagos por concepto de vacaciones, esta Sección ha reiterado que los desembolsos verificados por descansos remunerados hacen parte de la base para liquidar contribuciones parafiscales; incluso en aquellas situaciones en las que se ha pactado con los empleados una compensación mediante salario integral. (...) [L]os artículos 132 del CST y 49 de la Ley 789 de 2002 no hacen distinciones frente a los pagos percibidos por el trabajador cuando se ha estipulado salario integral. De forma que la base para calcular los aportes parafiscales respectivos corresponde al 70% de dichas erogaciones, incluidas las vacaciones. (...) **Así, en los eventos en que se acuerde retribución integral, la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse a partir del 70% de las vacaciones pagadas. Se insiste: a efectos de la determinación del monto de la obligación parafiscal, el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 no establece excepciones en relación con pagos salariales específicos, por lo que debe concluirse que todas las erogaciones –comprendidas las vacaciones– a favor del empleado se someten a imposición sobre una base del 70% y no sobre una base mayor. Una conclusión en sentido contrario carece de sustento legal.** Así pues, desde el punto de vista del derecho aplicable, resultan infundados los alegatos del ICBF, toda vez que **la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse sobre la base del 70% de las vacaciones pagadas, como lo determinó la demandante, y no frente al 100% de aquellos emolumentos, como fue fijado en los actos acusados. Valga resaltar, además, que las consideraciones anteriores no se derivan de la aplicación retroactiva de la Circular 018 de 2012, como erradamente sostiene la demandada, sino de la interpretación sistemática de la normativa que estuvo vigente durante los periodos discutidos, es decir, los artículos 132 del CST, en la versión modificada por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, y 49 de la Ley 789 de 2002.**

FUENTE FORMAL: LEY 27 DE 1974 – ARTÍCULO 2 / LEY 7 DE 1979 – ARTÍCULO 39 / LEY 89 DE 1988 – ARTÍCULO 1 / LEY 21 DE 1982 – ARTÍCULO 17 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 127 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 128 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 132 / LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 18 / LEY 789 DE 2002 – ARTÍCULO 49

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el porcentaje de las vacaciones que se incluye en la base de liquidación de los aportes parafiscales en el caso de los empleados con salario integral, se reiteran las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 17 de marzo de 2016, radicado 76001-23-31-000-2011-01867-01(21519), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; de 17 de noviembre de 1994, Exp. 5767, C.P. Consuelo Sarria Oicos; de 17 de octubre de 1995, Exp. 7255, C.P. Julio E. Correa Restrepo, de 04 de diciembre de 2003, radicado 25000-23-27-000-2000-0024-01(13144), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 25 de octubre de 2008, radicado 25000-23-27-000-2004-90723-01(16015), C.P. Ligia López Díaz; de 08 de febrero de 2011, Exp. 2013, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; de 13 de diciembre de 2017, radicado 25000-23-37-000-2012-00161-01(20527), C.P. Milton Chaves García; de 03 de agosto de 2016, radicado 25000-23-37-000-2013-00033-01(20697), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Obligatorio cumplimiento / FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE DETERMINACIÓN DE APORTES PARAFISCALES AL ICBF – Presupuesto de nulidad / MOTIVACIÓN EN LAS

ACTUACIONES QUE HACEN PARTE INTEGRAL DE LOS ACTOS DE DETERMINACIÓN DE LAS DEUDAS PARAFISCALES – Delimitación / MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DE LIQUIDACIÓN DE OBLIGACIONES PARAFISCALES – Insuficiente

4.1 Al respecto, cabe destacar que el texto constitucional consagra en el artículo 1.º el principio de legalidad de la función pública, eliminando la arbitrariedad en las decisiones administrativas; que el artículo 29 ibídem establece el derecho fundamental al debido proceso, que ha de observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; que el artículo 123 ejusdem señala el principio democrático, como obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones; y que el artículo 209 superior determina el principio de publicidad, entendido como el derecho que tienen los administrados a conocer las decisiones de las autoridades para así poder controvertirlas. Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y de validez a los cuales deben atender, so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 84 del CCA. Tales exigencias de orden interno y externo que para ellos se han fijado, en las formas y en el contenido, demandan que hagan explícitos y conocidos sus motivos, objeto y finalidad, de modo que el administrado pueda controvertirlos o acogerse a lo expresado en ellos. Concretamente, la falta de motivación, como presupuesto de nulidad, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dan origen a la decisión de la Administración. De acuerdo con los artículos 35 y 59 ibídem, los actos deberán ser motivados, siquiera sumariamente, una vez se haya dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles. Así, la falta de motivación de los actos administrativos afecta los preceptos de un Estado de Derecho, especialmente, los principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública. Implica también la violación del debido proceso, en la medida en que no le permitirle a los administrados controvertir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativas y judiciales. Es por ello que esa clase de vicios constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto, como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010. La motivación de un acto administrativo es, entonces, la expresión escrita de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de la Administración. Por tal razón, el artículo 35 del CCA exige una ilustración siquiera sumaria de las circunstancias fácticas y jurídicas que soportan la decisión administrativa, de modo que la primera resulte suficiente, apta e idónea para explicar la segunda. A tal fin, no es válido que se empleen fórmulas vagas, genéricas e indeterminadas para justificar la decisión adoptada. Bajo este contexto, la sustentación del acto garantiza, además de la realización del principio de publicidad, la efectividad del derecho de defensa del administrado, en la medida en que permite apreciar con exactitud los motivos determinantes de la decisión; así como la tutela judicial efectiva de la que se debe encargar la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.2 En materia de aportes parafiscales, el artículo 14 de la Resolución nro. 2868, del 1 de julio de 2011, se encarga de delimitar las circunstancias fácticas y jurídicas que la Administración debe exteriorizar en las resoluciones de determinación de deudas parafiscales, motivación que puede ser complementada o contextualizada con el razonamiento que se haya incorporado en dos tipos de actuaciones previas, a saber, (i) las actas de verificación de las visitas a los aportantes y (ii) el acta de liquidación de aportes. A efectos de que las actas de visita hagan parte integral de la resolución que determina la obligación parafiscal, la norma señalada exige que estas contengan, como mínimo: a) La descripción del procedimiento. b) La descripción de los hallazgos. c) La relación de los soportes y documentos aportados. d) Las vigencias y el valor liquidado por cada una de ellas. e) El total del capital adeudado. f) El total de los intereses de mora calculados a la fecha de la visita. g) La información al aportante de que estos se seguirán causando diariamente de

conformidad con lo establecido en la ley. h) Las acciones por seguir de acuerdo con los resultados obtenidos. i) El nombre de los bancos, los números de las cuentas de recaudo para que proceda a efectuar el pago, y j) El plazo para efectuar el pago. 4.3 Sobre el particular, la Sala ha advertido que cuando el acto administrativo se dirige a calificar supuestos de hecho, como en efecto ocurre en la liquidación de obligaciones parafiscales, la motivación es insuficiente si el acto se limita a indicar la calificación acogida por la Administración pero sin indicar las razones que propiciaron esa conclusión. Si ello sucede, se obstaculiza la defensa del interesado que desconoce a qué obedece a ciencia cierta la determinación adoptada por la autoridad; al tiempo que se impide, por falta de elementos de juicio, el control de legalidad que el juez debe ejercer sobre los actos acusados. En términos puntuales, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que una pauta adecuada para determinar si la motivación de liquidaciones tributarias es suficiente, consiste en verificar si de la lectura de la decisión y de sus antecedentes el destinatario del acto y quien ejerce el control de legalidad pueden inferir las razones precisas y concretas por las cuales se determinó oficiosamente la deuda y todas las circunstancias esenciales que permitan entender tal decisión y su alcance (sentencia del 23 de enero de 2014, dictada en el expediente 18522, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez). (...) [E]l acta de liquidación de aportes indicó que la parte actora determinó sus aportes parafiscales sobre las bases salariales del sueldo, horas extras y recargos nocturnos, vacaciones, viáticos, salario integral, auxilio de alimentación, bonificaciones, primas extralegales y comisiones, pero que no realizó aportes sobre los siguientes rubros: «algunas bonificaciones, vacaciones de S.I. al 100%» (fol. 471). A continuación, efectuó una liquidación donde estableció diferencia de valores entre los montos pagados por la demandante y los determinados por el ICBF, señalando la fuente de la información, pero sin ninguna indicación adicional sobre la causa de la diferencia. (...) En primer lugar, es preciso resaltar que la expresión «algunas bonificaciones», utilizada por los actos demandados para indicar qué conceptos son objeto de fiscalización, no ofrece certeza frente a los aportes cuestionados por la Administración. En efecto, la identificación de los conceptos que, según el ICBF, debieron ser objeto de contribución parafiscal es indispensable para que el aportante pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción, motivo por el cual, la irregularidad cometida en el sub lite desde la expedición de la Resolución nro. 4222 del 2011 no podía ser subsanada en acto posterior. En casos análogos al presente, al pronunciarse sobre la posibilidad de que el acto que desata el recurso de reconsideración complementa la determinación de la base gravable omitida en liquidaciones de aforo o revisión, esta Sección ha explicado que, aunque el objeto de la vía gubernativa es permitir a las autoridades administrativas revisar sus propias decisiones, ello no significa que puedan omitir el deber de motivarlas so pretexto de ajustar a la legalidad sus actuaciones; máxime si se considera que el acto que liquida la deuda y el que resuelve un recurso son independientes, pues el primero culmina la etapa de determinación de la obligación dineraria y el segundo la fase de discusión. [O]bserva la Sala que los actos señalados no detallan las bases de cuantificación de la obligación a cargo de Bancolombia S. A., sino que se limitan a señalar cuantías mensuales que no permiten identificar qué porción del IBL determinado por la demandada corresponde a «algunas bonificaciones» y qué porcentaje a vacaciones pagadas al personal con salario integral. (...) [L]as actas referidas no identifican hallazgos específicos, ni estiman a cuánto ascienden los aportes parafiscales dejados de realizar por concepto de cada una de las erogaciones descritas, ni siquiera explicitan las vigencias fiscales que se encuentran en discusión, como exige el numeral primero del artículo 14 de la Resolución 2868 de 2011. (...) Por los motivos anotados, los señalados actos preparatorios no cumplen con los requisitos normativos para hacer parte íntegra del acto de determinación de la deuda parafiscal, de manera que los datos allí contenidos son insuficientes para que la Sala considere que aportaron a la motivación de las resoluciones cuya legalidad se discute. Valga añadir que, en casos como el

enjuiciado, la motivación siquiera sumaria exigida por el artículo 35 del CCA como presupuesto de validez del acto administrativo supone, como mínimo, que se indique al contribuyente la base de cuantificación de la obligación parafiscal, pues es a ese supuesto al que se sustraerá el debate y, en esa medida, la defensa del aportante. En ese orden de ideas, el ente demandado estaba obligado a entregar los datos exactos de los montos que pretendía obtener con ocasión de los pagos por bonificaciones y vacaciones discutidos y a detallar los factores a partir de los que obtuvo el monto total a pagar, en cada uno de los periodos analizados. Para el aportante es forzoso tener certeza de los conceptos debatidos por la Administración, con el fin de debatir cada uno de ellos, no solo desde el punto de vista de su condición salarial en términos abstractos, sino desde la perspectiva cuantitativa. A esos efectos, era perentorio que el contribuyente conociera los montos que el ICBF liquidó a título de aportes parafiscales por cada uno de los pagos de nómina discutidos. Nada de esto se expuso en los actos censurados. Bajo este contexto, la Sala concluye que en lo referente a la determinación de los aportes liquidados con ocasión de las bonificaciones discutidas, las resoluciones enjuiciadas están viciadas de nulidad por falta de motivación, toda vez que no expresan las razones con fundamento en las cuales se calculó una diferencia entre los aportes determinados por la parte actora y los liquidados por el ICBF. Así, la entidad demandada vulneró los principios democrático y de publicidad de la función pública y el derecho al debido proceso de la parte actora, pues obstaculizó el ejercicio de una adecuada contradicción de las decisiones aquí estudiadas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / DECRETO 01 DE 1984 (CCA) – ARTÍCULO 35 / DECRETO 01 DE 1984 (CCA) – ARTÍCULO 59 / DECRETO 01 DE 1984 (CCA) – ARTÍCULO 84 / RESOLUCIÓN DEL ICBF NO. 2868 DE 2011 (11 de julio) – ARTÍCULO 14 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 57 /

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los vicios que constituyen una causal de nulidad de los actos administrativos, se cita la sentencia de la Corte Constitucional SU-917 de 2010.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la motivación de las liquidaciones tributarias, se reiteran las sentencias del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 23 de enero de 2014, radicado 41001-23-31-000-2007-00351-01(18522), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; de 29 de septiembre de 2011, radicado (17890); de 05 de diciembre de 2011, radicado 08001-23-31-000-2004-00827-01(18396), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

DEVOLUCIÓN DE LA SUMA PAGADA MÁS INTERESES CAUSADOS COMO RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Procedencia

La Sala considera que como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, el ICBF deberá devolver la suma pagada por la demandante, indexada a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo previsto con el inciso final del artículo 178 del CCA. (...) Además, de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del CCA, sobre los \$4.048.843.762., debidamente actualizados, se causan intereses de mora, según lo previsto en el Código de Comercio, a partir del vencimiento de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, pues dicho término lo concede la primera de las normas en mención para adoptar las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a la sentencia (sentencia de 28 de mayo de 2015, expediente 20228, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia).

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 (CCA) – ARTÍCULO 176 / DECRETO 01 DE

1984 (CCA) – ARTÍCULO 177 / DECRETO 01 DE 1984 (CCA) – ARTÍCULO 178

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los intereses causados y las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a la sentencia se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 28 de mayo de 2015, radicado 05001-23-31-000-2006-03099-01(20228), C.P. Martha Teresa Briceño De Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2012-00794-01(22074)

Actor: BANCOLOMBIA S. A.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 27 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, que resolvió (fols. 969 y 970):

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 4222 del 25 de octubre de 2011 y la Resolución N° 0040 del 10 de enero de 2012 objeto de discusión en este proceso, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia; esto es, exclusivamente en cuanto en ellas se incluyó el valor del 100% de las vacaciones de los empleados que devengaron salario integral, y no sobre el 70% como debió hacerse para establecer el monto del 3% de aportes parafiscales.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR devolver las sumas efectivamente pagadas en exceso por concepto de aportes parafiscales, conforme el numeral anterior; la cual deberá ser actualizada de conformidad con la fórmula citada en la parte motiva de este proveído y devengados los intereses consagrados en la forma prevista en el artículo 177 del C.A.A.

CUARTO: Sin condena en costas.

(...)

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante el Acta de Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 118015, del 20 septiembre de 2011, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) fijó una obligación a cargo de Bancolombia S. A. por concepto de aportes parafiscales, causados durante los meses de diciembre de 2006 a mayo de 2011; en cuantía de \$2.098.522.787, más intereses de

\$1.498.278.651, a la fecha de expedición (fols. 470 y 471).

El 25 de octubre de 2011, el ICBF expidió la Resolución nro. 4222 en la que determinó oficialmente la obligación descrita y ordenó su pago, con base en la liquidación anterior (fols. 473 y 474).

Para resolver el recurso de reposición interpuesto (fols. 477 a 490), el ICBF expidió la Resolución nro. 0040, del 10 de enero de 2012, con la que confirmó la decisión precedente (fols. 491 a 500).

ANTECEDENTES DEL PROCESO

Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA, Decreto 01 de 1984), el apoderado judicial de Bancolombia S. A. formuló las siguientes pretensiones ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fols. 2 a 4):

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

La Resolución No. 4222 del 25 de octubre de 2011, expedida por la Directora Regional Antioquia del ICBF, Doctora Luz Helena Betancur Gómez, la cual dispuso: "Determinar y ordenar el pago de la obligación a favor de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Antioquia, a BANCOLOMBIA S.A. (...) por un valor total capital de \$2.098.522,787, por concepto de aportes parafiscales del 3% dejados de pagar durante el periodo 2006 (diciembre), 2007 (enero a diciembre), 2008 (enero a diciembre), 2009 (enero a diciembre), 2010 (enero a diciembre) y 2011 (enero a mayo) según la liquidación de aportes No. 118015 de fecha 20 de septiembre de 2011, más los intereses de mora causados diariamente.

La Resolución No. 0040 del 10 de enero de 2012, suscrita por la doctora Luz Elena Betancur Gómez, Directora Regional Antioquia del ICBF, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 4222 del 25 de octubre de 2012, confirmando en todas sus partes el contenido de la Resolución contra la cual se interpuso el recurso de reposición.

Que, como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se declare que BANCOLOMBIA S.A. no está obligada a pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, la suma de \$2.098.522.787 de conformidad con lo indicado en las Resoluciones antes mencionadas, ni menos aún, los intereses moratorios señalados, es decir, que no estaba obligada a cumplir con lo dispuesto en las Resoluciones cuya nulidad se solicita.

Que en concordancia con las declaraciones anteriores, se ordene que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF reembolse a mi representada los dineros que fueron cancelados por BANCOLOMBIA S.A. con cargo a las Resoluciones acusadas, más la respectiva indexación.

Que sobre la suma a reintegrar actualizada, se reconozcan los intereses de toda índole correspondientes, desde la fecha en la cual se realizó el pago respectivo por parte de BANCOLOMBIA S.A.

Que las sumas que se liquiden en la sentencia, se ajusten de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo prevenido en el artículo 178 del Código Contencioso

Administrativo.

Que se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, a reconocer y pagar a mi representada, sobre las sumas de dinero pagadas en la sentencia, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria, e intereses moratorios después de ese término, de acuerdo a lo ordenado en el inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, a pagar las costas y demás gastos administrativos y honorarios que se tasen, de conformidad con lo preceptuado en artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998.

Que se envíe copia de la sentencia al agente del Ministerio Público o a quien compete ejercer la vigilancia del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, con el fin de que dé estricto cumplimiento al mandato contenido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

A los anteriores efectos, invocó como violados los artículos 2, 16, 29 y 58 de la Constitución; 2, 34 y 35 del CCA; 2 de la Ley 27 de 1974; 39 de la Ley 7 de 1979; 17 de la Ley 21 de 1982; 1.º de la Ley 89 de 1998; 17 de la Ley 344 de 1996 y 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). El concepto de violación planteado se resume así:

Nulidad por falta de motivación

Señaló que las resoluciones objeto de litigio carecen de verdadera motivación, pues el ICBF nunca expuso en el procedimiento administrativo, por cuáles razones las autoliquidaciones hechas de los aportes no se ajustaban a derecho, ni especificó concretamente a qué conceptos y rubros detallados e individualizados correspondía la suma liquidada.

Nulidad por falsa motivación

Señaló que los actos demandados desconocieron las pruebas aportadas en el curso del procedimiento administrativo y las normas que rigen los aportes parafiscales a favor del ICBF, pues incluyeron en el ingreso base de liquidación (IBL) correspondiente los siguientes rubros:

Pagos desalarizados mediante acuerdo de voluntades entre la demandante y sus empleados: explicó que el artículo 128 del CST permite a los empleadores pactar con sus trabajadores que las sumas pagadas de forma ocasional y por mera liberalidad no constituyen salario y que, en virtud de los artículos 2.º de la Ley 27 de 1974, 39 de la Ley 7 de 1979, 17 de la Ley 21 de 1982 y 1.º de la Ley 89 de 1998, dichos emolumentos no integran la base de liquidación de aportes parafiscales.

Añadió que la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado[1] y la Circular 0018 del 16 de abril de 2012, proferida por el Ministerio de Trabajo, han precisado que los pagos efectuados en virtud de pactos de desalarización no hacen parte del IBL de los aportes en controversia.

Bonificaciones esporádicas que son otorgadas por una sola vez, a la finalización de los contratos de trabajo: alegó que, de conformidad con la citada Circular nro. 018 de 2012, si el empleado y empleador acuerdan que una bonificación es reconocida por mera liberalidad y no con el ánimo

de retribuir el servicio, esta no constituye factor salarial a efectos de la liquidación de aportes parafiscales.

Gastos de traslado de que trata el numeral 8 del artículo 57 del CST, para remunerar la prestación del servicio en lugar diferente al de la residencia habitual del trabajador: señaló que estas erogaciones tampoco son constitutivas de salario según disposición expresa del artículo 128 del CST y que, por ello, la demandada erró al incluirlos en la determinación oficial de la contribución.

El 100% del valor de las vacaciones de los trabajadores con salario integral: manifestó que el ICBF vulneró el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, según el cual la base para calcular aportes parafiscales, cuando se trata de trabajadores con salario integral, es del 70%.

Finalmente, advirtió que comoquiera que no había lugar a incluir en la base de cálculo de aportes parafiscales los rubros anteriormente detallados, tampoco eran procedentes los intereses liquidados.

Nulidad por violación del debido proceso

Reiteró que los actos cuestionados pasaron por alto las pruebas aportadas por la demandante y carecen de motivación, pues no detallan a qué conceptos corresponden las sumas liquidadas. Concluyó que por esa vía la demandada desconoció el derecho de defensa de la aportante y el principio del debido proceso. Y manifestó que el dictamen pericial aportado con la demanda demuestra que la actora liquidó en debida forma los aportes cuestionados por el ICBF.

Contestación de la demanda

El ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fols. 345 a 359 y 613 a 614):

En primera instancia, propuso la excepción de inepta demanda por incumplimiento del requisito previo de conciliación y por indebida acumulación de pretensiones.

Sobre la falta de agotamiento del requisito previo de procedibilidad de la acción, señaló que la actora omitió acreditar que surtió el trámite de conciliación de que trata el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

En relación con la indebida acumulación de pretensiones, manifestó que las peticiones de reembolso de las sumas pagadas, debidamente indexadas, el reconocimiento de intereses y el ajuste de precios al consumidor, son excluyentes entre sí, pues procuran reclamar la misma prestación.

En cuanto al fondo del asunto, sostuvo que los actos administrativos controvertidos fueron el resultado de una actuación originada en las inconsistencias advertidas en la liquidación privada de aportes parafiscales. En concreto, se refirió a la omisión de bonificaciones y del valor de las vacaciones pagadas a los trabajadores que devengan salario integral en la base de liquidación de los aportes referidos. Que, por tanto, no es falso que los actos adolezcan de falsa motivación.

Explicó que las decisiones cuestionadas se sustentaron en la documentación suministrada por la demandante en las diferentes visitas practicadas, pero que aquellos documentos no desvirtuaron la liquidación de aportes realizada por el ICBF.

Advirtió que la Resolución nro. 0040, del 25 de octubre de 2011, consideró que la información contable remitida por la actora no permitía establecer que existiera pacto de desalarización frente a las bonificaciones «de mera liberalidad por recuperación de activos»; por «fuerza de ventas», y por «ventas de cajeros».

Agregó que la Circular 018 de 2012, emitida por el Ministerio del Trabajo, no era aplicable al caso, por haber sido dictada con posterioridad a la expedición de los actos administrativos demandados.

De otra parte, advirtió que la denominada bonificación por retiro es una obligación de pago del empleador, habitual, sobre la que no existe pacto expreso para que sea calificada como no constitutiva de salario.

En lo que respecta a los gastos de traslado, sostuvo que estos fueron incluidos en la nómina como bonificaciones que, por ser habituales, cumplían con las condiciones previstas en la normativa laboral para ser considerados constitutivos de salario.

Por otro lado, indicó que las vacaciones percibidas por los trabajadores con salario integral no están exentas de aportes parafiscales y que, por mandato del artículo 49 de la Ley 789 de 2002, estos se deben calcular sobre el 70% del valor de la remuneración. Sin embargo, señaló la norma citada no incluye el concepto de vacaciones como parte del salario integral, por lo que los aportes parafiscales se liquidan sobre el 100% del monto pagado por aquel concepto.

Sobre el cargo de violación del debido proceso, sostuvo que la demandante no logró acreditar la desalarización de las comisiones cuestionadas. En particular, señaló que el dictamen pericial aportado por la actora no es prueba suficiente, pertinente ni conducente para demostrar los pactos de desalarización de las bonificaciones que dieron origen la presente controversia.

Sentencia apelada

Mediante providencia del 27 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, anuló parcialmente los actos administrativos demandados (fols. 958 a 970).

En primer lugar, desestimó la excepción previa de inepta demanda, pues consideró que, de una parte, la actora sí agotó el requisito de procedibilidad echado de menos por el ICBF y, de otra parte, la solicitud de restablecimiento del derecho realizada por la actora no da lugar a una indebida acumulación de pretensiones.

Añadió que en el escrito de alegatos de conclusión la demandante invocó nuevas causales de nulidad, referidas a la ausencia de competencia temporal del ICBF y a la falta de motivación de los actos demandados. Sin embargo, advirtió que no se pronunciaría al respecto, porque esos cargos no fueron propuestos en la demanda.

Se refirió a las denominadas bonificaciones por «recuperación de activos fijos»; «fuerza de ventas» y «venta de cajeros» que, según la demandante, son no constitutivas de salario por pacto expreso con sus empleados. Sobre el particular, señaló que, aunque en la etapa de fiscalización el ICBF solicitó a la aportante que acreditara la desalarización de esas comisiones, de la valoración de una muestra aleatoria de la documentación aportada no se constató que esas erogaciones fueran pagos no salariales, de suerte que debían tenerse en cuenta en la liquidación de aportes parafiscales.

Asimismo, observó que la información allegada por la sociedad demandante, tanto en sede administrativa como judicial, no era pertinente ni conducente para demostrar la desalarización alegada, pues, en algunos casos, los documentos estaban referidos a periodos distintos a los cuestionados, a otro tipo de bonificaciones o simplemente eran indeterminados.

Consideró que la controversia no se centraba en discutir si los contratos de trabajo contenían cláusulas de desalarización sino a determinar si las bonificaciones disputadas ostentaban o no naturaleza salarial. En ese sentido, resaltó que aunque las bonificaciones por «recuperación de activos fijos», «fuerza de ventas» y «venta de cajeros» hacen parte de los sistemas de remuneración variable de Planes de Gestión Comercial (PGC) y Sistemas de Valor Agregado (SVA), sobre los que existe pacto expreso de desalarización, ese aspecto no fue discutido ante el ICBF ni alegado en la demanda, del tal forma que no debía ser objeto de pronunciamiento en el proceso judicial.

Sostuvo que una vez la Administración establece que una retribución hace parte de la base de liquidación de aportes parafiscales, por tener carácter salarial, la carga de desvirtuar esa situación le corresponde a quien la alega y que, en el caso concreto, la demandante no desvirtuó esa presunción.

Más aun, manifestó que el dictamen pericial aportado como prueba estaba referido a las bonificaciones por PGC, SVA y otros tipos de bonificaciones que no fueron cuestionadas por el ICBF y, por consiguiente, no permitía concluir que los pagos cuestionados no eran salariales.

Con fundamento en lo anterior, el tribunal señaló que las bonificaciones por «recuperación de activos fijos»; «fuerza de ventas» y «venta de cajeros» hacían parte de la base de liquidación de aportes parafiscales a favor del ICBF y que el mismo análisis servía para incluir en la base de liquidación de los aportes los denominados «gastos de traslado».

De otra parte, sostuvo que el ICBF incluyó en el IBL el 100% del valor de las vacaciones pagadas a los trabajadores que reciben salario integral, pero que, tal como fue precisado en la Circular 018 de 2012, los aportes parafiscales se calculan sobre el 70% de esa remuneración.

Por los motivos expuestos, declaró la nulidad parcial de los actos demandados, solo en lo relativo a las vacaciones pagadas a los empleados remunerados con salario integral y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó la devolución de los aportes parafiscales pagados por dicho concepto y la indexación de las sumas correspondientes, según el artículo 177 del CCA.

Recurso de apelación

Ambas partes apelaron la providencia de primera instancia.

La actora sostuvo que el tribunal omitió pronunciarse sobre las causales de nulidad por falta de competencia temporal del ICBF y falta de motivación de los actos administrativos demandados. Frente al primer punto adujo que, en virtud del artículo 714 del ET, el ICBF no estaba habilitado para determinar obligaciones causadas con anterioridad a septiembre de 2009, toda vez que las declaraciones presentadas por esos periodos se encontraban en firme.

En cuanto al segundo asunto, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y añadió que, contrario a lo alegado por el ICBF, la motivación de un acto de liquidación de un tributo no puede estar contenida en actas de visita u otro tipo de actuaciones preliminares.

Asimismo, indicó que de la resolución que desató el recurso de reposición parece desprenderse que los aportes discutidos se liquidan sobre: (i) las bonificaciones por recuperación de activos y por fuerza de ventas, identificada con los códigos de nómina 068, 074 y 076, que hacen parte de los sistemas de retribución SVA y PGC y sobre los que existe pacto expreso de desalarización; (ii) bonificaciones de mera liberalidad por venta de cajeros; (iii) las vacaciones por salario integral; (iv) las bonificaciones por retiro, y (v) las bonificaciones por traslados, aunque aquellas no son constitutivas de salario, bien por pacto en contrario o por mandato legal.

Agregó que el tribunal no emitió ningún pronunciamiento relativo a las bonificaciones por retiro y que, contrario a lo que señala la sentencia apelada, la demandante sí discutió en sede administrativa el carácter salarial de las comisiones «recuperación de activos fijos», de «fuerza de ventas» y por «venta de cajeros».

Cuestionó la valoración probatoria efectuada en primera instancia y señaló que el a quo avaló una decisión administrativa sustentada en la revisión de apenas 65 hojas de vida (el 1,19% de la planta de personal de la compañía). Añadió que los actos censurados no explican el criterio técnico de selección de los 65 currículums y que, en todo caso, desconocen que la situación de cada empleado es diferente desde el punto de vista salarial.

Manifestó que el dictamen pericial aportado acreditó que el 89,92% de los empleados de Bancolombia S. A. tiene pactada la desalarización de las bonificaciones SVA y PGC, de tal forma que era factible que el ICBF hubiera revisado documentación de trabajadores que no tenían pactadas ese tipo de cláusulas.

Por último, en relación con la denominada bonificación por traslado, señaló que el tribunal aplicó equivocadamente el análisis realizado para las bonificaciones por mera liberalidad, pues ese tipo de pagos, por mandato del numeral 8 de artículo 57 del CST, no son salariales. Para sustentar lo anterior, se remitió a lo señalado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en las sentencias dictadas el 21 de julio de 2011 y 12 marzo de 2012.

A su turno, el ICBF insistió en los planteamientos de la contestación de la demanda sobre la liquidación de aportes ocasionados por el pago de vacaciones a trabajadores con salario integral y sostuvo que la sentencia impugnada desconoció el principio de irretroactividad al aplicar la Circular 018 de 2012, expedida con posterioridad a los actos administrativos demandados.

Alegatos de conclusión

Las partes reiteraron los argumentos expuestos en los correspondientes recursos de apelación; y el Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, le corresponde a la Sala pronunciarse sobre la sentencia de primer grado que declaró la nulidad parcial de los actos demandados.

Se debe precisar que la Sala no se referirá al cargo de apelación relacionado con la falta de competencia temporal del ICBF, puesto que, como bien indicó el a quo, este cuestionamiento no fue propuesto en la oportunidad procesal pertinente, i.e. el escrito de demanda.

En concreto, la Sala debe resolver: (i) si la sentencia de primera instancia violó el artículo 49 de

la Ley 789 de 2002 y el principio de irretroactividad jurídica, al anular la actuación demandada en cuanto a la liquidación de aportes sobre vacaciones pagadas a trabajadores con salario integral, según plantea la demandada; si los actos censurados son nulos por (ii) falta de motivación; (iii) falsa motivación, o (iv) violación del debido proceso, de conformidad con lo alegado por la actora.

En el caso de que se determine la nulidad de las resoluciones acusadas, la Sala debe decidir si hay lugar a la devolución de la sumas pagadas por la demandante y en qué condiciones procede esa devolución.

En cuanto al primer asunto, conviene resaltar que los artículos 2.º de la Ley 27 de 1974, 39 de la Ley 7 de 1979 y 1.º de la Ley 89 de 1988 establecen que todos los empleadores y entidades públicas y privadas están obligados a realizar aportes equivalentes al 3% de su nómina mensual de salarios a favor del ICBF, de acuerdo con la definición de nómina dictada en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

Según voces de esta última disposición, en lo que atañe a la liquidación de aportes, la noción de «nómina mensual de salarios» comprende la totalidad de los pagos efectuados por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, cualquiera que sea su denominación y, además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales. El mismo artículo 17 ibidem remite a la legislación laboral para la valoración del concepto de salario.

Así pues, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a favor del ICBF, la determinación de la base de los aportes viene dada en los términos establecidos en la normativa laboral, es decir, que la calificación de los emolumentos asumidos por el empleador a favor de su personal parte de la noción de salario contenida en los artículos 127 y 128 del CST.

A su turno, esas disposiciones entienden por salario todos los pagos recibidos por el trabajador como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, etc.

Por el contrario, los pagos percibidos ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, entre otros, no constituyen salario y, por consiguiente, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten. Sucede lo mismo con aquellos emolumentos respecto de los cuales el trabajador y el patrono hayan pactado expresamente la desalarización (artículo 128 CST).

En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación sea calificada como salario debe: (i) ser una suma que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa por la prestación de un servicio; (iii) no operar por la mera liberalidad del empleador; (iv) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio; y (v) contar con carácter retributivo de la labor desarrollada, es decir que se presenten en el marco de una relación laboral[2].

Por otra parte, el artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, habilita a empleadores y trabajadores para pactar por escrito una remuneración integral, en el entendido de que (i) solo los trabajadores que devengan más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) podrán convenir este tipo de salario; (ii) el salario integral compensa el trabajo ordinario y compensa el valor de las prestaciones, recargos y demás

beneficios, excepto las vacaciones, y (iii) el factor prestacional a favor de estos empleados corresponde, como mínimo, al 30% de la retribución.

De igual forma, la norma anotada aclara que los pagos efectuados por este concepto están sujetos a las contribuciones parafiscales a favor del SENA y el ICBF, pero que la liquidación de los aportes correspondientes se disminuye en el 30% que concierne a las prestaciones sociales. Dicho de otro modo, los aportes parafiscales a cargo de los empleadores se calculan sobre el 70% de las compensaciones pagadas a los trabajadores con quienes se haya pactado una remuneración integral.

Posteriormente, el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 señaló que en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 «la base para efectuar los aportes parafiscales [en casos de salario integral] es el setenta por ciento (70%) [de los emolumentos]».

Ahora bien, en lo que respecta a los pagos por concepto de vacaciones, esta Sección ha reiterado que los desembolsos verificados por descansos remunerados hacen parte de la base para liquidar contribuciones parafiscales; incluso en aquellas situaciones en las que se ha pactado con los empleados una compensación mediante salario integral[3].

Al respecto, en el sub lite se encuentran probados los siguientes hechos:

(i) El 15 de junio de 2011 el ICBF practicó visita a Bancolombia S. A. con el objeto de verificar algunos conceptos que, a su juicio, constituían pagos salariales y, por ello, debían incluirse en la base de liquidación de aportes parafiscales. De la diligencia se elaboró el acta correspondiente (fol. 73 y 74) que señala:

Como resultado de la visita y examinados los soportes facilitados por el empleador, se determina que:

(...)

2. El código 80 de nómina denominado reconocimiento a la permanencia, y que en palabras de los representantes de BANCOLOMBIA (...) se asocia al concepto que aparece en el Estatuto como Estímulos a la Fidelidad, se evidencia claramente que este concepto de estímulo a la fidelidad está desalarizado, pero a criterio preliminar de los representantes del ICBF en esta reunión, no es muy clara esta apreciación del Banco, por consiguiente, consideramos estudiar más a fondo la procedencia el concepto de Reconocimiento a la Permanencia.

3. El código 23 de nómina denominado Auxilio de transporte extralegal, se encuentra mencionado en la convención colectiva en el artículo 21, en este artículo se mencionan claramente las condiciones en detalle para ser otorgado, pero en ningún momento se aclara que no será parte del salario por su condición de extralegal.

4. Y por último en los siguientes códigos y denominaciones de conceptos de nómina se hace necesario hacer aclaración con base en los documentos que los representantes de BANCOLOMBIA S.A. en esta reunión, dicen tener en los expedientes de los trabajadores que las reciben como contratos de trabajo y acuerdos para soportar la decisión de no ser parte del salario:

CÓDIGO	DENOMINACIÓN DEL CONCEPTO DE NÓMINA
68	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD (POR) PLAN OPERATIVO DE REDES
74	BONIFICACIÓN FRZA DE VENTAS AÑO ANTERIOR
76	BONIFICACIÓN FRZA DE VENTAS NO SALARIO
77	BONIFICACIÓN MERA NO SALARIAL X RGO OPER
79	BONIFICACIÓN MERA LIBERAL NO SALARIAL
143	BON. SVA FIDECOM. AÑO ANTERIOR
144	BON. SVA PLAN GEST.AÑO ANTERIOR
153	BON. SVA FIDECOM. AÑO VIGENTE
154	BON. SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE
157	BONIFIC. POR REEMPLAZO DE CARGO
158	BONIFIC. TRASLADO ENTRE CIUDAD
159	BONIFIC. EJECUTIVOS VEHÍCULO
404	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL

De este cuadro se requiere una relación o auxiliar de nómina anual por terceros de los años 2007, 2009 y 2011 donde estos códigos tuvieron movimiento y así el ICBF proceder a hacer mediante selección aleatoria la obtención de los documentos para confirmar o desvirtuar la posición de BANCOLOMBIA S.A. de desalarización de estos conceptos.

(ii) En el acta de la visita realizada el 16 de junio de 2011 (fol. 466), el ICBF registró:

Después de recibir amplia explicación por parte de los representantes de BANCOLOMBIA S.A. de la manera como se hacen los respectivos aportes a la seguridad social (salud, pensión, arp), consideramos que no es una fuente fiable para verificar el correcto aporte al ICBF, ya que por la dimensión de la empresa en cuanto a salarios altos y que por normas de seguridad sobrepasan los topes mínimos de base para el aporte, estaríamos en necesidad que generar una cantidad de auxiliares exagerada, que luego no sería fácil el identificar las diferencia que sí son base para el ICBF y no para las otras entidades, por tanto se tornaría más compleja la revisión de la fuente.

(iii) El 21 de junio de 2011, la entidad demandada solicitó a la actora (fol. 6 y 7 caa 3):

De los siguientes códigos y denominaciones de conceptos de nómina se necesita aclaración o justificación del acuerdo de desalarización que en la reunión del 15 de junio de 2011, los funcionarios del banco dicen tener en los expedientes de los trabajadores de que las reciben, como contratos de trabajo y otros.

CÓDIGO	DENOMINACIÓN DEL CONCEPTO DE NÓMINA
68	BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD (POR) PLAN OPERATIVO DE REDES
74	BONIFICACIÓN FRZA DE VENTAS AÑO ANTERIOR
76	BONIFICACIÓN FRZA DE VENTAS NO SALARIO
77	BONIFICACIÓN MERA NO SALARIAL X RGO OPER
79	BONIFICACIÓN MERA LIBERAL NO SALARIAL
143	BON. SVA FIDECOM. AÑO ANTERIOR
144	BON. SVA PLAN GEST.AÑO ANTERIOR
153	BON. SVA FIDECOM. AÑO VIGENTE
154	BON. SVA PLAN GEST.AÑO VIGENTE
157	BONIFIC. POR REEMPLAZO DE CARGO
158	BONIFIC. TRASLADO ENTRE CIUDAD
159	BONIFIC. EJECUTIVOS VEHÍCULO
404	BENEFICIO TRANSP. FUERZA CCIAL

De este cuadro se requiere una relación o auxiliar de nómina anual por terceros de los años 2007, 2009 y 2011 donde estos códigos tuvieron movimiento y así el ICBF proceder a hacer mediante selección aleatoria la obtención de los documentos para confirmar o desvirtuar la posición de BANCOLOMBIA S.A. de desalarización de estos conceptos.

(iv) El 1 de julio de 2011 la demandante remitió la documentación solicitada y explicó que nueve de los conceptos relacionados en el numeral anterior «hacen parte del sistema de remuneración variable por PGC (plan de gestión comercial) y SVA (sistema de valor agregado), los cuales son esquemas de bonificación que otorgan bonos semestrales a un grupo de empleados de la organización» (fol. 9 a 15 caa 3).

(v) Una vez recibida la documentación remitida por la demandante, el 8 de julio de 2011, el ICBF solicitó (fol. 19 y 20 caa 3):

Dando continuidad al proceso de revisión, a la base de aportes parafiscales por parte del ICBF a la empresa que usted representa, y dando cumplimiento al numeral 1 de la anterior solicitud de información con radicado 108845 del 21 de junio de 2011, a continuación relaciono las personas a las cuales se les revisaran los expediente, acuerdos y otros documentos que soportan la posición de su empresa para no hacer aportes parafiscales sobre las bonificaciones que han sido objeto de cuestión en término de si son (o no) factores salariales sobre los que se determinaría el 3% a favor del ICBF.

(vi) El 27 de julio de 2011, el ICBF practicó una tercera visita a la demandante. De la diligencia se elaboró el acta correspondiente que señala (fol. 76 y 77): «después de verificar cada uno de los documentos que soportan los acuerdos de no salario para las bonificaciones en cuestión, se pudo comprobar que hay mucha confusión en los acuerdos, no son claros, por ejemplo hay personas que tienen pacto de no salario por bonificaciones SVA y reciben otro tipo de bonificaciones. Entonces faltan pruebas o no las tienen».

(vii) Mediante el Acta de Liquidación de Aportes Parafiscales nro. 118015, del 20 septiembre de

2011, el ICBF fijó una obligación a cargo de Bancolombia por concepto de aportes parafiscales, causados durante los meses de diciembre de 2006 a mayo de 2011; en cuantía de \$2.098.522.787, más intereses de \$1.498.278.651, a la fecha de expedición (fols. 470 y 471). Entre otros aspectos, señaló:

Para efectos de la revisión respectiva, y conforme con las facultades señaladas en el Decreto 562 de 1990, la Ley 6 de 1992 y la Ley 828 de 1993, el Asesor de Aportes procedió a solicitar al empleador los siguientes documentos:

Revisado	
SI	NO
Declaración de renta y anexos	x
Balance de prueba	x
Estado de resultados detallado	x
Libros auxiliares	x
Nóminas	x
Acuerdos contractuales, pactos o convenios colectivos	x
Contratos de administración, ventas y producción	x
Recibos de pago de aportes parafiscales	x
Autoliquidación de EPS, ARP, Fondo de Pensiones	x

Una vez verificada la documentación aportada por el empleador, se llegó a las siguientes conclusiones:

Bancolombia realiza aportes parafiscales sobre las siguientes bases salariales: i) sueldo; ii) horas extras y recargo nocturno; iii) viáticos; iv) auxilio de alimentación; v) primas extralegales; vi) vacaciones; vii) sobresueldos, viii) salario integral; ix) bonificaciones y x) comisiones.

(...) no realizó aportes sobre los siguientes rubros: algunas bonificaciones y vacaciones de salario integral al 100% con el argumento de que están pactadas en los acuerdos y porque las normas del salario integral establecen que se calculan sobre el 70%. (Se resalta).

(viii) El 20 de septiembre de 2011, la entidad demandada remitió a la aportante la Liquidación de Aportes nro. 118015 (fol. 78).

(ix) El 30 de septiembre de 2011, la actora presentó objeciones a la liquidación de aportes indicada (fol. 235 a 247 caa 3).

(x) El 25 de octubre de 2011, el ICBF expidió la Resolución nro. 4222 en la que determinó oficialmente la obligación descrita y ordenó su pago, con base en la Liquidación de Aportes nro. 118015 (fols. 473 y 474).

(xi) El 15 de noviembre de 2011, la actora interpuso el correspondiente recurso de reposición contra el acto anterior (fols. 477 a 490).

(xii) El ICBF expidió la Resolución nro. 0040, del 10 de enero de 2012, con la que confirmó la decisión precedente (fols. 491 a 500).

(xiii) El 6 de marzo de 2012, la actora pagó al ICBF la suma de \$4.048.843.762, según constancia de transferencia electrónica, identificada con nro. de pago 1500019905 (fols. 138 y 139).

(xiv) De conformidad con los archivos de excel denominados «ACUMULADOS NOMINA 2008 (PARAFISCALES)» y «Respuesta al ICBF (segunda entrega)», contenidos en el CD que obra a folio 266, la demandante partió de las siguientes bases (70%) para liquidar aportes parafiscales por concepto de vacaciones reconocidas a trabajadores con salario integral:

Concepto	2006	2007	2008	2009	2010
Vacaciones legales SI	\$2.202.195.450	\$2.492.268.149	\$2.512.457.517	\$2.926.102.047	\$1.310.132.101
Vacaciones legales Rec. en dinero SI	\$183.454.059	\$178.870.087	\$178.087.888	\$111.158.110	\$69.139.530
Valores totales anuales	\$2.385.649.510	\$2.671.138.236	\$2.690.545.406	\$3.037.260.158	\$1.379.271.631
Total	\$12.163.864.941				

(xv) Según la certificación de contador público, allegada con la presentación de la demanda (fols. 146 a 265) y con la reforma de la demanda (fols. 319 a 442), en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 y el 31 de mayo de 2011, la aportante realizó pagos por concepto de vacaciones a empleados que devengaban un salario integral en cuantía de \$17.830.962.644.

3.1 A la luz de esos hechos, el ICBF manifiesta que la actora debió liquidar aportes sobre las vacaciones pagadas a trabajadores con salario integral sobre una base del 100% de las erogaciones, que no del 70%, puesto que ni el artículo 132 del CST incluye el concepto de vacaciones dentro de los emolumentos que constituyen salario integral ni el artículo 49 de la Ley 789 de 2002 permite que las contribuciones correspondientes se calculen a partir del 70% de los pagos.

De igual forma, la entidad demandada cuestiona la presunta aplicación retroactiva de la Circular 018 de 2012, proferida por el Ministerio de Trabajo, que fue expedida con posterioridad a los actos discutidos.

3.2 En oportunidades anteriores, esta sección se ha pronunciado sobre el porcentaje de las vacaciones que se incluye la base de liquidación de los aportes parafiscales en el caso de los empleados con salario integral. En consecuencia, la Sala reiterará aquí, en lo pertinente, el precedente judicial de las sentencias del 17 de marzo de 2016 (expediente 21519, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia); del 3 de agosto de 2016 (expediente 20697, CP: Jorge Octavio Ramírez) y del 13 de diciembre de 2017 (expediente 20527, CP: Milton Chaves García).

De acuerdo con esa jurisprudencia, los artículos 132 del CST y 49 de la Ley 789 de 2002 no hacen distinciones frente a los pagos percibidos por el trabajador cuando se ha estipulado salario

integral. De forma que la base para calcular los aportes parafiscales respectivos corresponde al 70% de dichas erogaciones, incluidas las vacaciones.

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

Como para efectos de la liquidación del aporte parafiscal se entiende por nómina mensual de salarios, en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, cualquiera que sea su denominación, y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales [vacaciones – pago por goce efectivo o su compensación en dinero], es claro que el factor prestacional en el salario integral (30%) no hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales.

Por lo anterior, en el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago, porque así lo dispuso el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que luego fue interpretada con autoridad mediante el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sin que el legislador haya hecho distinción entre los tipos de pagos que recibe el trabajador contratado bajo la modalidad de salario integral.

De manera que, atendiendo el aforismo jurídico "donde la ley no distingue, no puede distinguirse", se establece que el límite del 70% aplica para todos los pagos que recibe el trabajador que devenga un salario integral, que conforman la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 [nómina mensual de salarios].

Así, en los eventos en que se acuerde retribución integral, la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse a partir del 70% de las vacaciones pagadas.

Se insiste: a efectos de la determinación del monto de la obligación parafiscal, el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 no establece excepciones en relación con pagos salariales específicos, por lo que debe concluirse que todas las erogaciones –comprendidas las vacaciones– a favor del empleado se someten a imposición sobre una base del 70% y no sobre una base mayor. Una conclusión en sentido contrario carece de sustento legal.

Así pues, desde el punto de vista del derecho aplicable, resultan infundados los alegatos del ICBF, toda vez que la liquidación de los aportes parafiscales debe efectuarse sobre la base del 70% de las vacaciones pagadas, como lo determinó la demandante, y no frente al 100% de aquellos emolumentos, como fue fijado en los actos acusados.

Valga resaltar, además, que las consideraciones anteriores no se derivan de la aplicación retroactiva de la Circular 018 de 2012, como erradamente sostiene la demandada, sino de la interpretación sistemática de la normativa que estuvo vigente durante los periodos discutidos, es decir, los artículos 132 del CST, en la versión modificada por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, y 49 de la Ley 789 de 2002.

No prospera el cargo de apelación propuesto por el ICBF.

4. De otra parte, la demandante aduce en el escrito de apelación que, al omitir pronunciarse sobre las causales de nulidad por falta de competencia temporal y falta de motivación de las resoluciones enjuiciadas, el a quo avaló la vulneración de los derechos al debido proceso y de

defensa en que incurrió el ICBF.

La Sala observa que, contrario a lo estimado por el tribunal (fols. 966 anverso y 967), la actora sí se refirió en la demanda a la ausencia de motivación de los actos censurados. Concretamente, en el capítulo denominado «3. ANTECEDENTES, HECHOS Y OMISIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LA PRESENTE ACCIÓN» la demandante señaló que las resoluciones objeto de litigio carecen de verdadera motivación, pues el ICBF «nunca expuso en el procedimiento administrativo, por cuáles razones las autoliquidaciones hechas por mi mandante no se ajustaban a derecho, ni especificó concretamente qué conceptos y rubros detallados e individualizados correspondía la suma liquidada» (fol. 8).

En atención a esas consideraciones, es preciso que la Sala se pronuncie sobre la falta de motivación de la actuación administrativa. No obstante, se advierte que este análisis tratará exclusivamente la liquidación de aportes parafiscales sobre bonificaciones pagadas al personal de Bancolombia, pues, como se vio en el acápite anterior, la lectura de los actos enjuiciados sí permite identificar las razones jurídicas que sustentaron la liquidación de parafiscales sobre el 100% de las vacaciones pagadas a trabajadores con salario integral.

4.1 Al respecto, cabe destacar que el texto constitucional consagra en el artículo 1.º el principio de legalidad de la función pública, eliminando la arbitrariedad en las decisiones administrativas; que el artículo 29 ibidem establece el derecho fundamental al debido proceso, que ha de observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; que el artículo 123 ejusdem señala el principio democrático, como obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones; y que el artículo 209 superior determina el principio de publicidad, entendido como el derecho que tienen los administrados a conocer las decisiones de las autoridades para así poder controvertirlas.

Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y de validez a los cuales deben atender, so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 84 del CCA. Tales exigencias de orden interno y externo que para ellos se han fijado, en las formas y en el contenido, demandan que hagan explícitos y conocidos sus motivos, objeto y finalidad, de modo que el administrado pueda controvertirlos o acogerse a lo expresado en ellos.

Concretamente, la falta de motivación, como presupuesto de nulidad, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dan origen a la decisión de la Administración. De acuerdo con los artículos 35 y 59 ibidem, los actos deberán ser motivados, siquiera sumariamente, una vez se haya dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles.

Así, la falta de motivación de los actos administrativos afecta los preceptos de un Estado de Derecho, especialmente, los principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública. Implica también la violación del debido proceso, en la medida en que no le permitirle a los administrados controvertir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativas y judiciales. Es por ello que esa clase de vicios constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto, como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010.

La motivación de un acto administrativo es, entonces, la expresión escrita de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de la Administración. Por tal razón, el artículo 35 del CCA exige una ilustración siquiera sumaria de las circunstancias fácticas y jurídicas que

soportan la decisión administrativa, de modo que la primera resulte suficiente, apta e idónea para explicar la segunda. A tal fin, no es válido que se empleen fórmulas vagas, genéricas e indeterminadas para justificar la decisión adoptada.

Bajo este contexto, la sustentación del acto garantiza, además de la realización del principio de publicidad, la efectividad del derecho de defensa del administrado, en la medida en que permite apreciar con exactitud los motivos determinantes de la decisión; así como la tutela judicial efectiva de la que se debe encargar la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.2 En materia de aportes parafiscales, el artículo 14 de la Resolución nro. 2868, del 1 de julio de 2011, se encarga de delimitar las circunstancias fácticas y jurídicas que la Administración debe exteriorizar en las resoluciones de determinación de deudas parafiscales, motivación que puede ser complementada o contextualizada con el razonamiento que se haya incorporado en dos tipos de actuaciones previas, a saber, (i) las actas de verificación de las visitas a los aportantes y (ii) el acta de liquidación de aportes.

A efectos de que las actas de visita hagan parte integral de la resolución que determina la obligación parafiscal, la norma señalada exige que estas contengan, como mínimo:

La descripción del procedimiento.

La descripción de los hallazgos.

La relación de los soportes y documentos aportados.

Las vigencias y el valor liquidado por cada una de ellas.

El total del capital adeudado.

El total de los intereses de mora calculados a la fecha de la visita.

La información al aportante de que estos se seguirán causando diariamente de conformidad con lo establecido en la ley.

Las acciones por seguir de acuerdo con los resultados obtenidos.

El nombre de los bancos, los números de las cuentas de recaudo para que proceda a efectuar el pago, y

El plazo para efectuar el pago.

4.3 Sobre el particular, la Sala ha advertido que cuando el acto administrativo se dirige a calificar supuestos de hecho, como en efecto ocurre en la liquidación de obligaciones parafiscales, la motivación es insuficiente si el acto se limita a indicar la calificación acogida por la Administración pero sin indicar las razones que propiciaron esa conclusión. Si ello sucede, se obstaculiza la defensa del interesado que desconoce a qué obedece a ciencia cierta la determinación adoptada por la autoridad; al tiempo que se impide, por falta de elementos de juicio, el control de legalidad que el juez debe ejercer sobre los actos acusados.

En términos puntuales, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que una pauta adecuada para determinar si la motivación de liquidaciones tributarias es suficiente, consiste en verificar si de la lectura de la decisión y de sus antecedentes el destinatario del acto y quien ejerce el control de legalidad pueden inferir las razones precisas y concretas por las cuales se determinó

oficiosamente la deuda y todas las circunstancias esenciales que permitan entender tal decisión y su alcance (sentencia del 23 de enero de 2014, dictada en el expediente 18522, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

4.4 En el caso sub examine, la Resolución nro. 4222, del 25 de octubre de 2011, acusada, afirmó que la demandante estaba en mora de pagar los aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, discriminados en el acta de Liquidación de Aportes nro. 118015, del 20 de septiembre 2011, que hace parte íntegra de aquel acto.

Al respecto, el acta de liquidación de aportes indicó que la parte actora determinó sus aportes parafiscales sobre las bases salariales del sueldo, horas extras y recargos nocturnos, vacaciones, viáticos, salario integral, auxilio de alimentación, bonificaciones, primas extralegales y comisiones, pero que no realizó aportes sobre los siguientes rubros: «algunas bonificaciones, vacaciones de S.I. al 100%» (fol. 471). A continuación, efectuó una liquidación donde estableció diferencia de valores entre los montos pagados por la demandante y los determinados por el ICBF, señalando la fuente de la información, pero sin ninguna indicación adicional sobre la causa de la diferencia.

De forma similar, la Resolución nro. 0040, del 10 de enero de 2012, que resolvió el recurso de reposición, reafirmó lo anterior al indicar que la sociedad aportante no efectuó aportes parafiscales respecto de «algunas bonificaciones y sobre las vacaciones correspondientes al salario integral sobre el 100% al 100%» (fol. 493 anverso). Más adelante, esta segunda resolución afirma:

Que el asesor de aportes del ICBF después de efectuar la revisión a la información contable de la Empresa BANCOLOMBIA S.A., determina unos conceptos catalogados por ellos como Bonificaciones no salariales los cuales son:

- Bonificaciones mera liberalidad recuperación de activos
- Bonificación mera liberalidad fuerza de ventas
- Bonificación liberalidad ventas cajeros

En primer lugar, es preciso resaltar que la expresión «algunas bonificaciones», utilizada por los actos demandados para indicar qué conceptos son objeto de fiscalización, no ofrece certeza frente a los aportes cuestionados por la Administración. En efecto, la identificación de los conceptos que, según el ICBF, debieron ser objeto de contribución parafiscal es indispensable para que el aportante pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción, motivo por el cual, la irregularidad cometida en el sub lite desde la expedición de la Resolución nro. 4222 del 2011 no podía ser subsanada en acto posterior.

En casos análogos al presente, al pronunciarse sobre la posibilidad de que el acto que desata el recurso de reconsideración complemente la determinación de la base gravable omitida en liquidaciones de aforo o revisión, esta Sección ha explicado que, aunque el objeto de la vía gubernativa es permitir a las autoridades administrativas revisar sus propias decisiones, ello no significa que puedan omitir el deber de motivarlas so pretexto de ajustar a la legalidad sus actuaciones; máxime si se considera que el acto que liquida la deuda y el que resuelve un recurso son independientes, pues el primero culmina la etapa de determinación de la obligación dineraria y el segundo la fase de discusión[4].

En ese orden de ideas, no es jurídicamente admisible que el ICBF se excuse en la resolución que desató el recurso de reposición para justificar la anomalía que vició desde el principio el

procedimiento administrativo, pues si la sociedad hubiera conocido las críticas puntuales de la Administración frente a la liquidación de aportes por los periodos en discusión, aquella habría podido rebatirlas con la presentación del mentado recurso.

En efecto, cuando se preguntó al funcionario del ICBF que suscribió el acta de liquidación de aportes referida si se había solicitado a la demandante aclaración sobre la forma en la que se realizó la autoliquidación de aportes parafiscales, aquel contestó que no recordaba que tal solicitud se hubiera realizado (fol. 694).

De igual forma, observa la Sala que los actos señalados no detallan las bases de cuantificación de la obligación a cargo de Bancolombia S. A., sino que se limitan a señalar cuantías mensuales que no permiten identificar qué porción del IBL determinado por la demandada corresponde a «algunas bonificaciones» y qué porcentaje a vacaciones pagadas al personal con salario integral.

De la lectura de las actas de visita elaboradas por el ente demandado se evidencia que el sistema de bonificaciones y comisiones diseñado por la sociedad actora es complejo y que existen, por lo menos, nueve tipos de bonificaciones diferentes, cualquiera de las cuales pudo haber sido objeto de disputa. Esta particularidad, en el caso concreto, impide que la demandante pueda inferir de los actos acusados cuáles bonificaciones son objeto de controversia.

La falta de un señalamiento concreto en ese sentido conllevó a que la memorialista contradijera en sede administrativa la naturaleza de comisiones desalarizadas, bonificaciones esporádicas, beneficios por retiro y pagos por mandato del artículo 57 del CST, que, según apuntó el ICBF al oponerse al dictamen pericial allegado con la demanda, no eran objeto de litigio (fol. 2 caa 3).

Ahora, la Sala observa que, en los antecedentes administrativos allegados por el demandado, constan tres actas de visita, del 15 y 16 de junio y el 27 de julio de 2011, previas a la liquidación de los aportes parafiscales en discusión, que solicitan información sobre los siguientes emolumentos: (i) bonificación mera liberalidad por plan operativo de redes, (ii) bonificación fuerza de ventas año anterior, (iii) bonificación fuerza de ventas no salario, (iv) bonificación mera liberalidad no salarial por riesgo operacional, (v) bonificación mera liberalidad no salarial, (vi) bonificación SVA fideicomiso año anterior, (vii) bonificación SVA plan de gestión año anterior, (viii) bonificación SVA fideicomiso año vigente, (ix) bonificación SVA plan de gestión año vigente, bonificación por reemplazo de cargo, bonificación traslado entre ciudad, bonificación ejecutivos vehículo y (x) beneficio transporte fuerza comercial (fols. 73 y 74; 466, y 76 y 77).

Sin embargo, contrario a las afirmaciones del ente demandado, las actas referidas no identifican hallazgos específicos, ni estiman a cuánto ascienden los aportes parafiscales dejados de realizar por concepto de cada una de las erogaciones descritas, ni siquiera explicitan las vigencias fiscales que se encuentran en discusión, como exige el numeral primero del artículo 14 de la Resolución 2868 de 2011.

Más aun, al ser interrogado sobre los actos preparatorios en que reposaba la identificación de las bonificaciones cuya inclusión en el IBL reclamaba el ICBF, el funcionario que las suscribió manifestó no recordar en qué documentos se había dado aquella explicación al banco (fol. 696).

Por los motivos anotados, los señalados actos preparatorios no cumplen con los requisitos normativos para hacer parte íntegra del acto de determinación de la deuda parafiscal, de manera que los datos allí contenidos son insuficientes para que la Sala considere que aportaron a la motivación de las resoluciones cuya legalidad se discute.

Valga añadir que, en casos como el enjuiciado, la motivación siquiera sumaria exigida por el artículo 35 del CCA como presupuesto de validez del acto administrativo supone, como mínimo, que se indique al contribuyente la base de cuantificación de la obligación parafiscal, pues es a ese supuesto al que se sustraerá el debate y, en esa medida, la defensa del aportante.

En ese orden de ideas, el ente demandado estaba obligado a entregar los datos exactos de los montos que pretendía obtener con ocasión de los pagos por bonificaciones y vacaciones discutidos y a detallar los factores a partir de los que obtuvo el monto total a pagar, en cada uno de los periodos analizados.

Para el aportante es forzoso tener certeza de los conceptos debatidos por la Administración, con el fin de debatir cada uno de ellos, no solo desde el punto de vista de su condición salarial en términos abstractos, sino desde la perspectiva cuantitativa. A esos efectos, era perentorio que el contribuyente conociera los montos que el ICBF liquidó a título de aportes parafiscales por cada uno de los pagos de nómina discutidos. Nada de esto se expuso en los actos censurados.

Bajo este contexto, la Sala concluye que en lo referente a la determinación de los aportes liquidados con ocasión de las bonificaciones discutidas, las resoluciones enjuiciadas están viciadas de nulidad por falta de motivación, toda vez que no expresan las razones con fundamento en las cuales se calculó una diferencia entre los aportes determinados por la parte actora y los liquidados por el ICBF. Así, la entidad demandada vulneró los principios democrático y de publicidad de la función pública y el derecho al debido proceso de la parte actora, pues obstaculizó el ejercicio de una adecuada contradicción de las decisiones aquí estudiadas.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, prospera el cargo de apelación que da lugar a declarar la nulidad total de los actos demandados. Por consiguiente, se torna innecesario un pronunciamiento sobre los demás cuestionamientos de la demandante frente a la providencia de primer grado.

5. El 6 de marzo de 2012, Bancolombia S. A. pagó \$4.048.843.762 al ICBF para atender las deudas liquidadas en los actos demandados, según constancia de transferencia electrónica identificada con el nro. de pago 1500019905 (fols. 138 y 139), suma que reclama en devolución como restablecimiento del derecho, debidamente indexada, junto con los intereses del caso.

La Sala considera que como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, el ICBF deberá devolver la suma pagada por la demandante, indexada a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo previsto con el inciso final del artículo 178 del CCA. De manera que el ajuste se hará atendiendo la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

ÍNDICE INICIAL

En la que el valor ajustado (Va) se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es el valor pagado por la demandante, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de cada pago.

Además, de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del CCA, sobre los

\$4.048.843.762., debidamente actualizados, se causan intereses de mora, según lo previsto en el Código de Comercio, a partir del vencimiento de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, pues dicho término lo concede la primera de las normas en mención para adoptar las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a la sentencia (sentencia de 28 de mayo de 2015, expediente 20228, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

1. Revocar la sentencia del 27 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar:

PRIMERO. ANULAR las Resoluciones nros. 4222, del 25 de octubre de 2011, y 0040, del 10 de enero de 2012, mediante las que el ICBF liquidó aportes parafiscales a cargo Bancolombia S. A. por valor de \$2.098.522.787.

SEGUNDO. DECLARAR, a título de restablecimiento del derecho, que Bancolombia S. A. no está obligada a pagar las sumas determinadas en los actos administrativos anulados.

TERCERO. Ordenar la devolución de \$4.048.843.762, suma que deberá ser indexada y sobre la que se reconocerán intereses, en los términos indicados.

2. Reconocer personería jurídica al abogado Joan Sebastián Márquez Rojas, para que represente a la parte demandada en los términos del poder conferido, que obra a folio 1081.

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

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

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

[1] Sentencias del 3 de abril de 2002, del 28 de abril de 2005 y del 8 de junio de 2010, dictadas en los procesos 12744, 13922 y 17329 respectivamente.

[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos nros. 839, del 21 de junio de 1996, y 1518, del 11 de septiembre de 2003, reiterados, entre otras, en la sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida por la

Sección Segunda del Consejo de Estado.

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

[4] Sentencias del 29 de septiembre y del 5 de diciembre de 2011, expedientes 17890 y 18396, respectivamente, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

