

240



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, treinta (30) de Octubre de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE LIQUIDÓ APORTES PARAFISCALES POR ELUSIÓN.-

DEMANDANTE: INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ - INFIBOY

DEMANDADO: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE BOYACÁ - COMFABOY

EXPEDIENTE: 15001-33-33-006- 2012-00107-00

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. A N T E C E D E N T E S

El **INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACÁ - INFIBOY** por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., demanda a la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE BOYACÁ - COMFABOY** con el objeto que se hagan las siguientes:

1.1. Declaraciones y Condenas. (Fl. 2)

1.1.1. Que se declare nula la decisión contenida en el oficio DAS 1320-04-1007, del 16 de abril de 2010 expedida por el Jefe de Departamento Aportes y subsidio de Comfaboy, por medio del cual notifica al representante legal del INFIBOY, la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar de las vigencias fiscales 2005 a 2009, por considerar que existió elusión en los aportes pagados durante las referidas vigencias.

1.1.2. Que se declare nula la decisión contenida en el oficio DAS 1220-04-1641 de fecha 11 de mayo de 2012, expedido por el Director Administrativo y el Jefe del Departamento Jurídico de Comfaboy.

1.1.3. Como consecuencia de la anulación solicitada en el numeral anterior y a título de restablecimiento, se decreta que el INFIBOY no está obligado a cancelar las sumas de dinero a que se refieren los actos acusados.

1.2. Fundamentos Fácticos. Fl. 3.

En resumen, como sustento de las pretensiones la apoderada de la entidad demandante narra los siguientes hechos y omisiones:

1.2.1. Mediante oficio DAS 1320-04-1007 con fecha 16 de abril de 2010, el Jefe del Departamento Aportes y Subsidio de Comfaboy, notifica la liquidación de los aportes del Régimen de Subsidio familiar de las vigencias fiscales de 2005 a 2009 a cargo del Infiboy, ordenando el pago de treinta y dos millones setecientos cuarenta y tres mil doscientos cincuenta y un pesos M/CTE (32.743.251.00).

1.2.2. A través del oficio 100.0.146 de fecha 20 de mayo de 2010, el Gerente general del Instituto Financiero de Boyacá, estando dentro del término legal interpone recurso de reposición ante la Caja de Compensación Familiar de Boyacá, solicitando el análisis de los cálculos realizados en la liquidación efectuada teniendo en cuenta las observaciones presentadas por el Instituto.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fl. 3-7)

La parte actora redactó el acápite de normas violadas y concepto de la violación, de la siguiente manera:

1.3.1. En cuanto a la Prima de Navidad: Se manifiesta que en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 se dispone que además de la asignación básica que la ley fija, *"constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios"*, que paso seguido se enuncian los que a su decir normativo son factores de salario es decir, los incrementos por la antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilio de alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y viáticos percibidos por funcionarios en comisión, que en ninguna parte del artículo menciona la prima de navidad.

241

3
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Que por otro lado, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aparenta contradecir el contenido citado, pues esta norma toma, para efectos de liquidar cesantías y pensiones, factores salariales entre los que incluye la prima de navidad.

Que para tener claridad acerca de este punto, es decir, si se debe incluir la prima de navidad como factor salarial para liquidar los aportes parafiscales, es urgente recurrir a la naturaleza que se predica del salario y de la prima de navidad, entendida como prestación social según lo definido en el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978 que dice: *"sin perjuicio de lo previsto en las normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2º de este decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagaran las siguientes prestaciones sociales:*

a. Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; b. Servicio odontológico; c. vacaciones; d. prima de vacaciones; e. prima de navidad (...)"

Que de la legislación y desarrollo jurisprudencial de las leyes laborales se tiene que salario, tanto para el sector público como para el privado, es: *"toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio principal y directo de éste, aunque otra sea su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas",* consistiendo así en la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador"

Que, *"con el concepto enunciado, se introduce la principal diferencia que tiene con la noción de prestación social, enunciada en la jurisprudencia, entre otras de la siguiente manera:*

"Prestación Social es lo que debe el patrono al trabajador, en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado (...) para cubrir los riesgos y necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma." que esta *"se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono"*

Se afirma que, *"la noción de salario, además de otras condiciones que lo caracterizan, es que el pago por ese concepto esté destinado a retribuir el servicio del trabajador y su constante subordinación; de la diferencia resultante entre ese carácter retributivo y el*

compensatorio de las prestaciones sociales, la disposición del artículo 17 de la ley 21 de 1982, que claramente restringe la base a los valores pagados por salario o elementos integrantes, excluye la prima de Navidad."

Que el Consejo de Estado mediante concepto de 1987 afirmó: "*Si para todo efecto salarial son las normas del Decreto ley 1042 de 1978 la fuente constitutiva del concepto de salario o remuneración de los empleados públicos de la rama ejecutiva, ninguna razón lleva a buscar dicha fuente en reglas aplicables al reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los mismos empleados, contenidas en el Decreto- Ley 1045 de 1978"*

Que por lo tanto la prima de navidad solo puede entenderse como factor salarial para los efectos que expresamente prevea la ley, como en el caso citado del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en el que se estipula que lo es para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tengan derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Que la interpretación dada por Comfaboy, haciendo extensibles los efectos de esta norma cuando toma la prima de navidad, como base para liquidar aportes parafiscales, es un acto contrario a lo que está expresamente señalado en la ley, toda vez que para que un pago constituya salario, no solamente se requiere que sea habitual y periódico, sino que retribuya el servicio prestado.

Se argumenta que, el Decreto 1042 de 1978, estimó que la prima de navidad no es factor salarial, que se entiende que solo cuenta como factor salarial a la hora de liquidar las cesantías y pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales en los términos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

1.3.2. En cuanto a la remuneración de servicios técnicos: Se expone que este valor debe ser descontado de la liquidación teniendo en cuenta que el eje de este rubro presupuestal aduce a los contratos celebrados por la entidad como prestación de servicios, que no existe ningún rubro presupuestal que haga mención a la contratación de personal supernumerario.

Que con base en lo anterior, la Caja de Compensación Familiar, aduce la existencia de una dependencia laboral en cuanto al personal contratado por el Infiboy, pero que carece de todo sustento fáctico y jurídico, pues, la dependencia laboral de las relaciones laborales es

242

5
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

únicamente facultad del Juez Laboral, que en este orden de ideas, ésta debe ser declarada judicialmente mediante un proceso laboral, que hasta el momento el Instituto no ha tenido ninguna demanda por ese evento.

Que el Instituto es una entidad pública descentralizada del orden departamental dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Hacienda Departamental.

Que el Infiboy es miembro activo de la asociación de Institutos financieros y de desarrollo territorial –Infis, entidad sin ánimo de lucro, constituida como asociación con fundamento en la Constitución Política en su artículo 38 y en los términos previstos en el título XXXVI del Libro I del Código Civil que agrupa a los institutos financieros y de desarrollo territorial, acogiéndose a las disposiciones contenidas en los estatutos.

Que sus acciones son acordes a las leyes y Decretos reglamentarios de la contratación estatal, como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Decreto 734 de 2012), Artículo 3.4.2.5.1 *"de los contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión"*

Que la ley 797 de 2003 artículo 3, modificatorio del artículo 1 de la ley 100 de 1993 establece quienes serán afiliados a al Sistema General de Pensiones, que respecto a la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad en salud de los contratistas personas naturales, el inciso 1 del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, señala que en los contratos donde se involucra la ejecución de un servicio por una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento, de servicios, de prestación de servicios, de consultoría, de asesoría; la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de los aportes al Sistema General de la Seguridad Social en Salud. Que de esta manera es claro que el contratista deberá estar afiliado obligatoriamente al Sistema General en Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que la parte contratante deberá verificar el pago de aportes, sea cual fuere la modalidad de contrato que se adopte.

Que en concepto 86630 del 25 de marzo de 2012, emitido por el Ministerio de la Protección Social, señaló que al efectuar el examen de nulidad, el Honorable Consejo de Estado, mantuvo la vigencia del inciso final del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, por lo que en los contratos de vigencia indeterminada, el ingreso base de cotización es el

equivalente al 40% del valor bruto facturado en forma mensualizada, razón por la cual, en aplicación de principios de analogía, que halla su justificación en el principio de igualdad y, según el cual los seres y las situaciones iguales deben recibir igual tratamiento, dicho porcentaje debe hacerse extensivo a los contratos de vigencia determinada.

Que por consiguiente es claro que las entidades públicas están obligadas a realizar aportes parafiscales, adquiriendo el deber en virtud de las relaciones de trabajo, es decir, es una consecuencia de su carácter de empleadores. Que en este sentido se liquidan y realizan sus aportes parafiscales, tomando como base la nomina mensual de salarios, lo que indica que se obligan únicamente en razón de sus empleados y no de sus contratistas, que es una obligación de los contratistas realizar sus aportes para la celebración, renovación o liquidación de contratos con entidades públicas, así como durante la vigencia del contrato, situación que nace de su relación contractual con la entidad, que la entidad pública adquiere el consecuente deber de verificación del cumplimiento de esta obligación frente a sus contratistas.

1.3.3. En cuanto al tema de los viáticos: Se afirma que, la circular externa 18 del Ministerio de Trabajo, con base en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la ley 50 de 1990, así como en la sentencia C- 081 de 1996 de la Corte Constitucional, se recuerda que los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso; y que los viáticos permanentes constituyen salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en los que tengan por finalidad proporcionar medios de transporte o gastos de representación.

Que adicional a lo anterior, en los actos administrativos DAS 1320-04-1007 y DAS 1220-04-1641, se toma como factor para liquidar los parafiscales **la indemnización de vacaciones** de las vigencias 2005 a 2009 auditadas.

Que frente al caso se puede afirmar que el Ministerio de Trabajo expidió circular externa N° 18 con fecha del 16 de abril de 2012, en relación con el ingreso base de liquidación de las contribuciones parafiscales, que en ésta el Ministerio acoge el concepto 2013 del 8 de febrero de 2011, de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, según el cual: *"las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella forman parte de la base para liquidar las contribuciones parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar."* Menciona que la autorización de la

243

7
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

publicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado fue mediante oficio N° 065247 de Marzo 09 de 2011.

Que antes del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, el ICBF, en los conceptos N° 33053 de Junio 17 de 2008, 74306 de Diciembre 23 de 2008 y 005896 de febrero 10 de 2009, sostuvo que las vacaciones compensadas en dinero no formaban parte de las bases para liquidar aportes parafiscales, que también el Ministerio de la Protección Social, en los conceptos 10240- 00818 de enero 13 de 2009 y 10240-272386 de octubre 4 de 2010, había sostenido que las vacaciones compensadas en dinero no formaban parte de la base para liquidar parafiscales.

Que con base en lo anteriormente expuesto, esos conceptos del ICBF y del Ministerio de la Protección Social anteriores al 8 de febrero de 2011 (fecha del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado), en virtud del principio de confianza legítima deben amparar la actuación del que, en el año 2010 y anteriores no incluyó las vacaciones compensadas en dinero dentro del ingreso para liquidar parafiscales.

1.4. Contestación de la demanda (Fl.62-72)

La entidad demandada a través de apoderado constituido para el efecto, manifiesta que se opone a todas las pretensiones, afirmando que, el literal d) del N° 2 de la ley 1437 de 2011, fija termino de cuatro (4) meses para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en concordancia con el art 138 de la misma ley, so pena de que opere la caducidad del medio de control.

Que el oficio DAS 1220-04-1641 del 08 de mayo de 2012, se le notificó al demandante el día 11 de mayo de 2012, teniendo éste hasta el 11 de septiembre de 2012 como fecha límite para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, que no obstante, se solicitó conciliación ante el Ministerio Público, respecto de un asunto expresamente no conciliable, por mandato del parágrafo 1 art 2 del Decreto 1716 de 2009, bajo el entendido que la parafiscalidad hace parte de la clasificación de los tributos según el art 338 de la Carta Política.

Que la liquidación de aportes parafiscales es un asunto no conciliable y por tanto, el Ministerio Público ha debido expedir el acta y/o certificación, dentro de los diez días

hábiles siguientes a su solicitud como lo ordena el N° 3 del art 2 ley 640 de 2001, para que al día siguiente el peticionario presentara su respectivo medio de control.

Que el elemento fundamental de las contribuciones parafiscales, consiste en que los recursos obtenidos por ella se destinen íntegramente en beneficio del mismo sector contribuyente, que luego el 4% proveniente del sector de los trabajadores, se debe reinvertir en servicios y subsidio familiar en especie a la clase trabajadora.

Que la Caja de Compensación Familiar de Boyacá, como entidad de derecho privado, tiene la facultad legal de cobrar la parafiscalidad del 4%, administrarlo y reinvertirlo en el sector de los trabajadores, que el calculo se hace sobre los factores salariales que el empleador debe pagarle a sus trabajadores sean estos pertenecientes al sector público o privado.

Que cuando se trata de la naturaleza de los parafiscales, la Corte Constitucional ha reiterado que estos son recursos públicos.

Que respecto a la base de liquidación de los aportes parafiscales, que incluye el auxilio de transporte, prima de navidad y los viáticos para el sector público se hizo con el fundamento del artículo 17 de la ley 21 de 1982.

Que la ley laboral aplicable corresponde a la que regula las relaciones laborales de quienes prestan el servicio en el sector público, dado que el Infiboy es una entidad de derecho público, por tanto el Código Sustantivo del Trabajo no es aplicable en este caso.

Que en los acuerdos o contratos celebrados entre patronos y trabajadores, respecto de que emolumentos para las partes se considera salario o no, esto tiene un efecto restrictivo en tanto solo tiene aplicabilidad al momento de liquidar prestaciones que inciden directamente en el ingreso del trabajador, pero jamás afectarán el contenido y alcance que la ley ha fijado para efectos parafiscales y fiscales, que así lo expreso el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil del 27 de noviembre de 1996.

Que la noción de salario para el sector público que trae el art 42 del Decreto 1042 de 1978, les sirve de fundamento legal para analizar los emolumentos laborales que según la demandante no deben incluirse en la liquidación de aportes parafiscales, como son la prima de navidad, pagos laborales a personal supernumerario con funciones misionales del Infiboy y viáticos.

244

9
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

De este modo, frente a la **PRIMA DE NAVIDAD**, se afirma que, según la forma de pago, el salario está integrado por dos tipos de retribución: la ordinaria, que puede ser fija o variable, la cual corresponde a lo regularmente pagado por el empleador al trabajador en los periodos de pago convenidos; y la extraordinaria que corresponde a la percibida por el trabajador por determinados conceptos fijados en la ley, en frecuencias distintas a las ordinarias.

Que el pago habitual independientemente de la frecuencia con que lo haga el empleador, constituye salario para efectos fiscales y parafiscales, sin que sea dable entrar a dilucidar si constituye base para liquidar prestaciones sociales o beneficios laborales y en especial en el sector público.

Que la prima de navidad por mandato legal, es una obligación a cargo del empleador pagadera en proporción por el servicio prestado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, que la misma se liquida con base en el último salario devengado, exigible de manera acumulada en el mes de diciembre de cada año, es decir, su frecuencia es anual, que ésta, es factor salario para liquidar prestaciones sociales, que por tanto reúne todos los elementos y características naturales y jurídicas para ser considerada como salario para efectos parafiscales, por su habitualidad, independientemente de su denominación.

Sobre el particular, se cita lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, con fecha 27 de noviembre de 1996 radicado 923, así como un concepto de la oficina jurídica de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Frente a los **PAGOS LABORALES A PERSONAL SUPERNUMERARIO CON FUNCIONES MISIONALES DEL INFIBOY Y REMUNERACION DE SERVICIOS TECNICOS**, se manifestó que, la auditoría a la nómina del Infiboy, arrojó el hallazgo de la contratación de personal supernumerario que desarrollaba funciones misionales propias o conexas con la entidad auditada, estructurándose la dependencia laboral, clasificándolos contablemente como remuneración de servicios técnicos, sin que ésta denominación los excluya de su obligación parafiscal y mucho menos de los beneficios y derechos que le asisten en recreación, salud, educación, formación técnica y subsidio familiar.

Respecto a los **VIÁTICOS**, se manifiesta que, el art 42 del Decreto 1042 de 1978, literal h), taxativamente considera que los viáticos son factor salarial, inclusión de origen legal, luego se hace nugatorio argumentar que no lo es, o por el contrario traer definiciones y teorías para reafirmar que si es factor salarial, cuando la propia ley es la que los define como salario, aplicando el principio que dice que cuando la ley es clara no se puede interpretar en sentido diferente.

1.5.Pruebas:

Militan dentro del expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

1.5.1.Copia auténtica del Decreto N° 00259 de fecha 30 de abril de 2012, expedido por la Gobernación de Boyacá (Fl. 11)

1.5.2.Copia auténtica del acta de posesión del señor Juan Carlos Tobos Mantilla en el cargo de Gerente del Infiboy, de fecha 02 de abril de 2012. (Fl. 12)

1.5.3.Original de oficio DAS 1220-04-1641 de fecha 08 de mayo de 2012, expedido por la Caja de Compensación Familiar de Boyacá (Fl.14-24 y 79 a 89)

1.5.4. Certificación N° 126 de 2012, expedida por la Procuraduría 46 Judicial II para asuntos administrativos. (Fl.25)

1.5.5. Copia auténtica de constancia de fecha 03 de Junio de 2011, suscrita por la Jefe de la división legal de la Superintendencia del Subsidio Familiar. (Fl.26)

1.5.6. Copia auténtica del oficio DAS-1320-04-1007 de fecha 16 de Abril de 2010, suscrita por el Jefe del Departamento de Aportes y Subsidio de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá. (Fl.35-38 y 93)

1.5.7. Copia de certificado de existencia y representación legal de Comfaboy expedido el día 04 de marzo de 2013, y el cual fue suscrito por el Superintendente Delegado para la Responsabilidad de la Superintendencia del Subsidio Familiar. (Fl.74)

1.5.8.Copia auténtica de oficio DAS-1220-4-2105 de fecha 25 de mayo de 2012. (Fl. 75)

1.5.9.Copia auténtica de la auditoria de aportes a la empresa Instituto Financiero de Boyacá – INFIBOY, de fecha 15 de abril de 2010, expedida por la Caja de Compensación Familiar de Boyacá. (Fl. 76-78 y 91)

1.5.10.Copia auténtica de oficio de fecha 21 de mayo de 2010, suscrito por el señor Henry Aguilar González, Técnico I de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá(Fl. 90)

245

11
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

- 1.5.11.**Copia auténtica de oficio de fecha 16 de abril de 2010, suscrito por el señor Henry Aguilar González, Técnico I de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá (Fl.92)
- 1.5.12.**Copia auténtica de oficio N° 100.0.146 de fecha 20 de mayo de 2010, suscrito por el Gerente general del Instituto Financiero Boyacá. (Fl.94-96)
- 1.5.13.**Copia auténtica de oficio respuesta al oficio 011 del 05 de mayo de 2010, suscrito por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Financiero Boyacá. (Fl.97-99)
- 1.5.14.**Copia del oficio DAS -1320-04-1007 de fecha 16 de abril de 2010 suscrito por el jefe del Departamento de Aportes y Subsidio de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá. (Fl.100-101)
- 1.5.15.**Copia de liquidación de aportes parafiscales del Instituto Financiero Boyacá de fecha 16 de enero de 2010, suscrito por el Jefe del Departamento de Aportes y Subsidio de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá. (Fl. 102-103)
- 1.5.16.** Copia auténtica de la ejecución presupuestal al 31 de diciembre de 2009 del Instituto Financiero Boyacá. (Fl.104-113)
- 1.5.17.** Copia auténtica de oficio DAS 1320-4-593 de fecha 12 de marzo de 2010, suscrito por el jefe de Departamento de Aportes y Subsidio de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá. (Fl.114)
- 1.5.18.**Copias auténticas de la auditoría realizada por parte de COMFABOY al Instituto Financiero Boyacá (Fl. 158 a 199).
- 1.5.19.** Certificado de naturaleza jurídica del INFIBOY expedida por el representante legal de la entidad (Fl. 205)
- 1.5.20.**Copia de la ordenanza N° 010 del 27 de febrero de 2004 (Fl. 206-210)
- 1.5.21.**Certificación expedida por la Tesorera General del INFIBOY(Fl.211), respecto de los aportes cobrados mediante el oficio DAS-1220-04-1641 de fecha 08 de mayo del año dos mil doce (2012).
- 1.5.22.**Copia de contrato de ejecución de obra N° 01 de 2005, suscrito por el INFIBOY y José Manuel Ochoa Jiménez (Fl. 212-225)
- 1.5.23.** Certificación expedida por la profesional especializada de talento humano del Infiboy. (Fl. 226)

1.6. Alegatos de conclusión

Durante el tramite de la audiencia de pruebas de que trata el articulo 181 del CPACA, celebrada el día veinticinco (25) de septiembre del año dos mil trece (2013) (Fl.200 a

203), se dio por finalizada la segunda etapa del proceso contencioso administrativo, y además, se ordenó a las partes la presentación por escrito de sus alegatos de conclusión, para lo cual se concedió el término de 10 días según lo establecido en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A, allí se aclaró que durante el plazo legal concedido el Ministerio Público también podría presentar su respectivo concepto.

Dentro del término concedido, los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron sus respectivos alegatos de conclusión, por su parte el Procurador destacado ante este Despacho, guardó silencio.

1.6.1. Alegatos de la parte demandante (Fis. 229 a 236)

En primer lugar expone argumentos de defensa frente a las excepciones de firmeza de la liquidación de aportes parafiscales y, primacía de la definición legal en el campo parafiscal.

Manifiesta que frente al auxilio de transporte, por expresa disposición del artículo 17 de la ley 344 de 1996, y por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte, no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino entre otros, al régimen del subsidio familiar.

Que en el caso del Infiboy, en la actualidad no tiene convención colectiva vigente, respecto al pago del auxilio de transporte, ni mucho menos de la inclusión de este factor para el pago de los aportes parafiscales, que por tal razón, el auxilio de transporte no es un factor que se debe tener en cuenta a la hora de la liquidación y pago de aportes parafiscales.

Se expone que la prima de navidad, no es un factor que constituye salario para efectos de liquidación de aportes parafiscales puesto que, ellos están plenamente enunciados dentro de la ley laboral y el régimen especial de los empleados públicos, que no se puede incluir dicho factor al arbitrio de la Caja de Compensación obviando la legislación vigente y los pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto.

Frente la inclusión de los viáticos, se reiteran lo argumentos de la demanda, agregando que con base al principio de confianza legítima, los conceptos del ICBF y del Ministerio de la Protección Social anteriores al 08 de febrero de 2011, deben amparar la situación que

246

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

en el año 2010 y anteriores, no incluyó las vacaciones compensadas en dinero dentro del ingreso para liquidar parafiscales.

Finalmente frente al Personal Supernumerario, se manifiesta que dentro de la Certificación expedida por la Profesional de Talento Humano, dentro de las vigencias auditadas por Comfaboy que dieron como resultado los actos administrativos objeto del presente litigio; no se contrató personal bajo la figura de los supernumerarios, que la razón por la cual Comfaboy acudió a incluir esta figura dentro de la liquidación, fue la celebración de diversos contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión suscritos con personas naturales a las cuales Comfaboy categoriza erróneamente bajo la figura de supernumerarios, que, los contratos de prestación de servicios están cobijados por la ley 80 de 1993, que la característica principal de este tipo de contratos es la independencia con la que actúa el contratista, sumado a la no subordinación por parte de la administración, figura completamente diferente a la de los supernumerarios.

Con base en los anteriores planteamientos, se solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

1.6.2. Alegatos de la parte demandada (Fls.237 a 239)

En suma, el apoderado de la parte pasiva se circunscribe a reiterar los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observe causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

2.1. Problema jurídico a resolver:

- ¿Debió incluirse durante las vigencias 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, por parte del **Instituto Financiero de Boyacá- Infiboy**, al momento de llevar a cabo la liquidación de aportes parafiscales ante la **Caja de Compensación Familiar de Boyacá- Comfaboy**, los emolumentos cancelados al personal bajo su servicio correspondientes a: **(i)** la prima de navidad, **(ii)** la remuneración por servicios técnicos prestados

(Remuneración a personal supernumerario), **(iii)** la indemnización por vacaciones y, **(iv)** los viáticos?

2.2. Cuestiones previas:

2.2.1. De la lectura del libelo introductorio se observa que cuatro son las causales invocadas por la parte actora dentro de la presente litis, y en las cuales sustenta la supuesta contravención de los actos administrativos demandados en contraste con nuestro ordenamiento jurídico, las mismas se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- 2.2.1.1.** No se debió incluir la prima de navidad en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.
- 2.2.1.2.** No se debió incluir el valor de remuneración de servicios técnicos (Supernumerarios) en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.
- 2.2.1.3.** No se debieron incluir los viáticos en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.
- 2.2.1.4.** No se debió incluir la indemnización por vacaciones en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.

De modo que con base en **el principio de justicia rogada**¹, que opera en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, como del que actualmente nos ocupamos, el Despacho se adentra en el estudio de cada una de los cargos de nulidad alegados.

Frente a este particular, se deja de presente que, en los alegatos de conclusión la apoderada del Infiboy, expuso como otra causal de nulidad de los actos demandados, lo referente a la inclusión por parte de Comfaboy del auxilio de transporte en la liquidación de parafiscales, no obstante, frente a tal punto esta instancia se abstiene de emitir pronunciamiento de fondo,

¹ "(...)La demanda en materia contenciosa marca el límite dentro del cual el funcionario judicial debe pronunciarse para decidir la controversia, las normas violadas y su concepto de violación se constituyen en el marco de análisis y estudio al momento proferir la sentencia y si con ellas no se logra desvirtuar la legalidad del acto administrativo, no por ello puede el juez proceder posteriormente al estudio oficioso de toda una normatividad superior para establecer posibles ilegalidades, ni mucho menos hacerlo en forma anticipada y previamente a ocuparse del estudio de legalidad (...)

En atención al carácter de "justicia o jurisdicción rogada" que reviste a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en una acción el control de legalidad se contrae a los motivos de violación alegados por la parte actora y las normas que se señalen como vulneradas, en la oportunidad legal, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial." Consejo de Estado- C.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación: 63001-23-31-000-2010-00101-01 [19192]

247

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

en tanto en la demanda dicha causal no se invocó en modo alguno; considerándose así, que de valer a estas alturas los nuevos argumentos esgrimidos en los alegatos de conclusión por el Infiboy, se entraría a vulnerar el derecho de defensa de Comfaboy, lo expuesto en la medida que, frente a la nueva causal de nulidad alegada, la última entidad mencionada no tuvo oportunidad de controvertir tales argumentos ni de solicitar la practica de pruebas.

2.2.2. Frente a las pruebas obrantes en copias simples dentro del expediente, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas o bien durante el trámite de la audiencia inicial adelantada el día treinta (30) de julio del año dos mil trece (2013) (Fl. 134 a 140) o, durante el trámite de la audiencia de pruebas. Diligencia que se adelantó el día veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) (Fl. 200 a 203), sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado².

2.2.3. Como quiera que tanto la parte demandante como la parte demandada en sus alegatos de conclusión se pronunciaron nuevamente sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, considera pertinente este Juzgado manifestar que todas éstas ya fueron resueltas de fondo durante el trámite de la audiencia inicial, sin que en contra de tal decisión se interpusiera recurso alguno, por ende, en esta etapa procesal no es dable volver a pronunciarse en este mismo sentido.

2.3. Argumentos y Sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

2.3.1. Marco jurídico de los aportes parafiscales que efectúan los empleadores a las Cajas de Compensación de Familiar.

² Ver el artículo 626

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Nº 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Conforme al artículo 150 Nº 12³ y artículo 338⁴ de la Constitución Nacional, en Colombia existen tres clases de gravámenes a saber; los impuestos⁵, las tasas⁶ y las contribuciones.

Para el caso bajo análisis, el debate se centra en una contribución de tipo parafiscal- *aportes al régimen del subsidio familiar*, la cual en palabras de la Corte Constitucional⁷ es un gravamen de tipo obligatorio, que no tiene el carácter de remuneración de un servicio prestado por parte del estado; ella sólo afecta a un grupo determinado de ciudadanos, teniendo una destinación específica, esto es, ser utilizada para el beneficio del sector económico que soporta el gravamen, frente a la misma se puede decir además, que tiene una naturaleza pública en la medida que pertenecen al Estado⁸.

Ahora bien, el subsidio familiar se define como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, siendo su objetivo fundamental el de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad⁹, dicha prestación debe pagarse de modo obligatorio por: **(i)** La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. **(ii)** Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el

³ **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. (...)"

⁴ **ARTICULO 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales **podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales**. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los **impuestos**.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo." (Subrayas y Negritas Fuera de Texto.)

⁵ Sentencia C- 307 de 2009 "(...) Son prestaciones pecuniarias de carácter unilateral que no constituyen remuneración por prestaciones determinadas, son de carácter obligatorio, carecen de destinación específica, su tarifa es definida directamente por la autoridad de representación popular que las imponen, hacen parte del presupuesto, están sometidos al control fiscal, su cuantía es la necesaria para el cubrimiento de los gastos públicos y son administrados por el Estado. (...)"

⁶ *Ibidem* "(...) son prestaciones pecuniarias que constituyen remuneraciones de los particulares por los servicios prestados por el Estado, en principio no son obligatorias, pues el interesado puede optar por tomar o no el respectivo bien, como también utilizar o no el correspondiente servicio, sus tarifas son fijadas por autoridades administrativas, tales tarifas no necesariamente comprenden el total del servicio prestado, las tasas hacen parte del presupuesto, se someten a control fiscal, su cuantía es proporcional al costo del servicio y son administrados por el Estado. Sobre las tasas ha señalado la jurisprudencia (...)"

⁷ *Ibidem*

⁸ Sentencia C- 665 de 2003.

⁹ Artículo 1 de la ley 21 de 1982

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Distrito Especial de Bogotá y los Municipios. **(iii)** Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal y, **(iv)** Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes¹⁰.

Finalmente podemos afirmar que las Cajas de Compensación Familiar conforme al Artículo 39 de la ley 21 de 1982¹¹, "*son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.*", dentro de sus principales funciones se encuentran las de: **(i) Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, (ii) Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios**¹².

2.3.2. Determinación de la base que se debe tomar a fin de liquidar aportes parafiscales al régimen del subsidio familiar.-

Sobre este aspecto, encontramos que la ley 21 de 1982, en su artículo 17¹³, tipificó que para efectos de liquidar entre otros, los aportes al régimen del subsidio familiar, debe entenderse por nomina 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,** además, de los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

Ahora bien, conforme al artículo 42 del Decreto 1042 de 1978¹⁴, además de la asignación básica fijada por la ley, constituyen salarió todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios prestados, para lo cual se enlistan

¹⁰ Artículo 7 de la ley 21 de 1982.

¹¹ "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones"

¹² Artículo 41 de la ley 21 de 1982

¹³ "Artículo 17º. 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 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.(...)."

¹⁴ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones."

2/18

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Nº 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

ocho (8) factores que corresponden a factores salariales a saber, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y, los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión, veamos en detalle:

"DECRETO 1042 DE 1978 Artículo 42º.- 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 refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión." (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)

En suma, tenemos que para la determinación de la base sobre la cual se debe cancelar el aporte para subsidio familiar, se debe tomar por la respectiva entidad obligada a su pago, la totalidad de los pagos efectuados con base en los diferentes elementos integrantes del salario, en los términos de la ley laboral, sin importar cual sea su denominación, en este sentido, al remitirnos a los diferentes elementos que integran el salario, encontramos que, conforme al Decreto 1042 de 1978 artículo 42, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios prestados.

Sobre el asunto bajo estudio, el Consejo de Estado¹⁵ se ha pronunciado en los siguientes términos:

"1.1. Aportes parafiscales al régimen de subsidio familiar, al ICBF, al SENA, a la ESAP, a Escuelas Industriales e Institutos Técnico

Como ya se dijo tienen expresa consagración legal y corresponden a los aportes que los empleadores hacen para efectos del pago de subsidio familiar y para la inversión

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Bogotá D. C., diez (10) de agosto de dos mil seis (2006), Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00070-00(1760), Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA.

249

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

en el desarrollo social y técnico de entidades como el SENA, el ICBF, la ESAP, Escuelas Industriales e Institutos Técnicos. Respecto de la liquidación de los referidos aportes, el artículo 17 de la ley 21 de 1982 -por la cual se modifica el subsidio familiar - dispuso

"ARTICULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Escuelas Industriales 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. 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". (Negrillas de la Sala)

Esta norma también es aplicable a la liquidación de los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, por remisión del parágrafo del artículo 1o. de la ley 89 de 1988 que establece:

"ARTICULO 1o. A partir del 1o. 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 la nómina mensual de salarios.

PARAGRAFO 1o. 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 -ISS - o los de subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. (...)"

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 qué se entiende por tal en el sector público.

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 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;*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

*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" (Negrillas del Consejo de Estado)*

*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 por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le de.** 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". (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

2.3.3. Marco jurídico de la prima de navidad.

Conforme al artículo 1º del Decreto 1919 de 2002¹⁶, a los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva entre otros, del nivel Departamental se les deben pagar las prestaciones sociales de que gozan los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, Para el caso concreto estas son el Decreto 1045 de 1978¹⁷ artículos 32 y 45 notemos en detalle:

"DECRETO 1045 DE 1978 Artículo 32º.- De la prima de Navidad. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad.

Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado el treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

¹⁶ "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial."

"Artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas."

¹⁷ "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Quando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable"

"DECRETO 1045 DE 1978 Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexistencia del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968." (Subrayas y Negritillas Fuera de Texto)

De la normatividad expuesta tenemos que, la prima de navidad se paga tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, la misma es equivalente a un mes de salario que debe pagarse en la primera quincena del mes de diciembre; si el servidor no trabaja la totalidad del año, el pago de la mencionada prima se hará en proporción al tiempo laborado, ahora bien, para efectos de la liquidación de las cesantías y pensiones la misma es considerada taxativamente como factor salarial.

2.3.4. Marco jurídico de los viáticos:

Éste se encuentra en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, según el cual, los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión son constitutivos de factor salarial, sin que allí se determine excepción alguna, veamos en detalle:

"Artículo 42º.- 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 refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) La prima técnica.*
- d) El auxilio de transporte.*
- e) El auxilio de alimentación.*
- f) La prima de servicio.*
- g) La bonificación por servicios prestados.*

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión." (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)

Es de anotar que el Consejo de Estado ha manifestado jurisprudencialmente que los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a la manutención y alojamiento del trabajador, pero no en lo correspondiente a los gastos de transporte o de representación, no obstante, la respectiva entidad empleadora al momento de cancelarlos debe especificar el valor de cada uno de estos conceptos, en caso de debate judicial le corresponde a la parte demandante probar si los viáticos pagados correspondieron o bien a permanentes o bien a accidentales, en tal sentido observemos lo expuesto en sentencia de fecha veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-27-000-2000-00725-01(13922), Actor: LABORATORIOS BIOGEN DE COLOMBIA S.A, Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

1. "Pagos por viáticos"

Según el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a la manutención y alojamiento del trabajador, pero no en lo correspondiente a los gastos de transporte o de representación, por lo que al momento de cancelarse debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos. Esta norma también prescribe que los viáticos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente, en ningún caso constituyen salario.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Sobre este particular la jurisprudencia ha sostenido que corresponde al contribuyente probar si los viáticos pagados eran permanentes o si, por el contrario, eran de aquellos que la ley ha denominado accidentales¹⁸.

De acuerdo con el dictamen pericial contable, al iniciar cada año la sociedad actora asigna un valor para que el trabajador cancele todos los gastos en que incurra en su desplazamiento fuera de su sede trabajo, que depende del cargo, la zona y del número de clientes que tiene que visitar (folio 70). De lo anterior se deduce que hace parte de las actividades corrientes de los empleados de la actora el desplazamiento fuera de su sede de trabajo y, tal como se afirma en el recurso de apelación, es precisamente para facilitar la movilidad y la eficiencia en el pago de los viáticos que se constituye un depósito anual. En consecuencia, mal podría afirmarse que aquéllos se pagan con motivo de un requerimiento extraordinario o poco frecuente.

*Al respecto la recurrente afirma que el A quo se equivocó al concluir que los viáticos eran permanentes, pues confundió la constitución del depósito con el pago en sí mismo, cuando en realidad éste sólo se realiza una vez se han causado los gastos y previa verificación de los comprobantes correspondientes. Sin embargo, la Sala encuentra que no existe tal confusión, por cuanto la constitución del depósito, **así no sea equivalente al pago de los viáticos, sí demuestra que éstos se cancelan normalmente, es decir, que no corresponden a solicitudes excepcionales o poco frecuentes**, pues, si así fuera, no habría necesidad de constituir un depósito que garantizara la eficiencia de dichos pagos.*

Además, según consta en los documentos que sirvieron de base al dictamen pericial (anexo 3 cuaderno del dictamen), el SENA reliquidó los aportes con fundamento no en el fondo constituido para el pago de los viáticos, sino en lo realmente cancelado por ese concepto. Tanto es así que ni en vía gubernativa ni ante la Jurisdicción la actora discutió el valor que sirvió de base para la reliquidación de los aportes.

De otra parte, dado que al momento de cancelar los viáticos, la actora no cumplió la obligación legal de especificar y probar los conceptos a los que se destinarían los valores pagados, el total de este rubro debe considerarse como salario para efectos de liquidar los aportes parafiscales¹⁹.

Lo anterior de conformidad con los artículos 17 de la Ley 21 de 1982 y 30 de la Ley 119 de 1994 que prescriben que, para efectos de la liquidación de los aportes al SENA, se entenderá 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 sea su denominación. Es de aclarar que en el caso sub examine el SENA liquidó" (Subrayas y negrillas fuera de texto)

2.3.5. Marco Jurídico de la compensación de las vacaciones.

Conforme al artículo 8 del Decreto 1045 de 1978, entre otros, los empleados públicos tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.

¹⁸ Cita del Consejo De Estado, En este sentido, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias de 4 de diciembre de 2003 y de 10 de marzo de 2005, C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, exp. 13144 y 13894, respectivamente.

¹⁹ Cita del Consejo de Estado Ibídem.

No obstante, debe precisarse que en virtud al artículo 1 de la ley 995 de 2005²⁰, " *Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.*"

Tratándose de la inclusión de la compensación de vacaciones en la liquidación de parafiscales, el Consejo de Estado tiene establecida una línea jurisprudencial en el sentido de afirmar que dicha liquidación si debe incluir esta clase de pagos, lo expuesto en la medida que tal compensación hace parte de los descansos remunerados a los que tiene derecho el trabajador, notemos lo expuesto en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha ocho (08) de febrero de dos mil once (2011), numero interno 2.013, radicado: 11001-03-06-000-2010-00069-00:

*"En este mismo sentido se ha manifestado de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando ha concluido, en el caso de las vacaciones, que todas las pagadas **en dinero hacen parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales** al ICBF, al SENA, a la ESAP y a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, por estar dentro del concepto general de "descansos remunerados".*

En efecto. en la sentencia del 30 de abril de 1993 Radicación No. 4246, la Sección Cuarta, señaló:

"En cuanto a las vacaciones, pues si bien se entiende que no es salario, porque no se trata de retribución del servicio, sino de un descanso remunerado, no existe en ellas, por tanto, la causa del salario, que es servicio, no por ello deben excluirse de la base de la liquidación de los aportes al SENA, por cuanto a término del art. 17 de la Ley 21 de 1982, "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrales del salario o en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación y además de los verificados por descansos remunerados de ley y convencidos o contractuales. (...)

***Como se observa, son los descansos remunerados por ley - vacaciones, dominicales y festivos, u los convencionales y contractuales, cuyo pago queda comprendido en el concepto de "nómina mensual de salarios"** para efectos de liquidar los aportes al régimen de Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", Escuela Superior de Administración Pública, "ESAP", Escuela Industrial e Institutos Técnicos."*

En la sentencia del 17 de noviembre de 1994 Radicación No. 5767, se dispuso que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 "resultan inaceptables las argumentaciones de la apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vacaciones de acuerdo con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria está excluido de la base de los aportes en comento",

*Esta tesis se reitera integralmente en la sentencia del 17 de octubre de 1995 Radicación No. 7255, al determinar que las sumas pagadas **por concepto de***

²⁰ "por medio de la cual se reconoce la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles."

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

viáticos, bonificaciones y vacaciones constituyen base para liquidar los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena.

Posteriormente, en la sentencia del 12 de noviembre de 2003 Radicación No. 13.348, se señaló que el pago de las vacaciones, una vez terminada la relación laboral, hace parte de la base de liquidación de los parafiscales, y que además, no tiene naturaleza indemnizatoria:

"... no pueden aceptarse los argumentos del apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vacaciones, de acuerdo con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria, está excluido de la base de los aportes en mención, toda vez que, en el mencionado artículo, no se le atribuye tal carácter a las vacaciones pagadas en dinero, y como quedó expuesto, la compensación se trata de un derecho legal de los trabajadores en misión de esta clase de empresas de servicios temporales.

En tal sentido y como lo señaló el a quo, en el presente caso las vacaciones compensadas en dinero forman parte de la base para (a liquidación de los aportes al Sena."

En la sentencia del 4 de diciembre de 2003 Radicación No. 13144, se reiteró que "ajuicio de la Sala y como lo ha considerado anteriormente, el pago de las vacaciones en dinero deben hacer parte de la base para liquidar los aportes al SENA", dado que "si bien como lo dice la sociedad actor a la compensación de vacaciones en dinero no son salario, no se comparte el argumento según el cual, no corresponden a un descanso remunerado, toda vez que de conformidad con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo dispone respecto de la compensación un carácter excepcional que ocurre solo por autorización el Ministerio de Trabajo o por la terminación del contrato sin que se hubieran disfrutado de las vacaciones, sin embargo ello no le quita la naturaleza de un pago que corresponde a lo que debió ser un descanso remunerado."

Más recientemente, la sentencia del 25 de septiembre de 2008 Radicación No. 16015, la Sección Cuarta de esta Corporación, concluyó nuevamente que la compensación de las vacaciones en dinero hacen parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales, en los siguientes términos:

"En relación con las vacaciones esta Corporación señaló que 'si bien se entiende que no es salario, porque no se trata de una retribución del servicio, sino de un descanso remunerado, (...) no por ello deben excluirse de la base de liquidación de los aportes al SENA, por cuanto a términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por conceptos de los diferentes elementos integrantes del salario o 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'. Ahora bien, en cuanto a si las vacaciones compensadas en dinero a los trabajadores en misión de una Empresa de Servicios Temporales, constituyen base para liquidar los aportes. (...)

En conclusión, la compensación monetaria de las vacaciones hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales y dado que sobre dicha suma no se acreditó su pago, es improcedente su deducción, por disposición expresa del artículo 108 del Estatuto Tributario.

En consecuencia, todo lo que se pague por descansos remunerados hace parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales, sin consideración a la discusión que se da en torno a que su naturaleza sea calificada como indemnizatoria, compensatoria, o en otros términos, salarial o no, según sea el momento en que se pague por el empleador."

2.3.6. Régimen Jurídico de los Supernumerarios

El sustento que tiene la Administración para vincular personal Supernumerario, es la misma Carta Política, cuando establece en su artículo 125, que por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo la excepción, los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, pudiendo ésta última precisar, qué empleos no son de carrera, entre los que se encuentran los nombramientos temporales con las restricciones que imponen las Leyes de carrera administrativa, pudiéndose ubicar dentro de ellos a los Supernumerarios.

Esta forma de vinculación fue contemplada por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, por medio del cual se estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos, entre otros, los de las Unidades Administrativas Especiales.

En su artículo 83, hizo alusión a la figura en mención, en los siguientes términos:

"Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario. También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores. (Aparte en negrilla declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998).

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo. (Aparte en negrilla declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998 y aparte subrayado derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse".

Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia C-401 de 1998, señaló lo siguiente:

"(...) La vinculación de servidores supernumerarios llamados a prestar servicios temporales en la Administración Pública, no desconoce los derechos de quienes se hallan inscritos en la carrera administrativa. En efecto, en cuanto la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo sólo cuando se presentan vacancias

23

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio, resulta evidente que no conlleva el desplazamiento ni la desvinculación del cargo de otros funcionarios de carrera. Las labores que se adelantan por dichos funcionarios supernumerarios son, justamente, aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente, o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte del rol ordinario de actividades, por tratarse también de actividades temporales. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. (...)

La Corte encuentra entonces, que las facultades que el inciso tercero otorga al Gobierno para autorizar la vinculación de personal transitorio por cualquier período de tiempo, y sin ninguna restricción, contradicen la normatividad constitucional, que exige una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales. (...)"

Por consiguiente se puede inferir, que la Administración está facultada para acudir a la figura del Supernumerario, en dos eventos: el primero, **para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones** y el segundo, **para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.**

Además se deduce, que el término de vinculación de dicho personal, por regla general no puede exceder de tres meses; exceptuándose el caso en que era necesaria la vinculación de personal transitorio por lapsos mayores, para lo cual se necesita autorización especial del Gobierno.

Igualmente, que su remuneración se fija de acuerdo a las actividades a desarrollar, teniendo en cuenta las escalas establecidas en el mismo *Decreto extraordinario 1042 de 1978*, es decir, tienen derecho a percibir salario en los términos del artículo 42, en relación con el pago de prestaciones sociales, los supernumerarios tenían derecho a percibir las establecidas para los empleados públicos, cuando el término de vinculación excediera los tres meses; sin embargo debe tenerse en cuenta la **decisión** de la Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C - 401 de 1998, referida anteriormente.

2.3.7.El principio de la confianza legítima.

El mismo se ha definido por la Corte Constitucional²¹ de la siguiente manera:

²¹ Sentencia T- 895 de 2010

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Nº 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

"el principio de confianza legítima, derivado del artículo 83 superior, el cual estatuye que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Con fundamento en ese precepto constitucional, la jurisprudencia de esta corporación ha indicado que las relaciones con la comunidad han de ceñirse a este principio, lo que implica de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma. Esta exigencia, se predica de todas las relaciones de derecho que asume especial relevancia en aquéllas en las que participa la administración, dado el poder del que se encuentra investida. **De tal manera, este principio irradia toda la actividad del Estado y de él se derivan otros, como el respeto por el acto propio y la confianza legítima.**

Por ello, la Corte Constitucional ha indicado **que es deber de la administración actuar en sus relaciones jurídicas con los particulares de manera consecuente con sus conductas precedentes, de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que resulten contrarias a sus expectativas legítimamente fundadas.**

Jurisprudencialmente se ha dispuesto que el principio de confianza legítima, se basa en que las autoridades públicas no pueden alterar, en forma inopinada, las reglas que gobiernan las relaciones del Estado con los asociados.

La Sala debe precisar que la aplicación del principio de confianza legítima **presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya conformación debe ser consecuente con actuaciones precedentes de la administración, que generen la convicción de estabilidad en el estado de cosas anterior.**

No obstante, de este principio **no se puede** derivar intangibilidad e inmutabilidad en las relaciones jurídicas que generan confianza para los administrados; respetando los derechos adquiridos y frente a situaciones susceptibles de modificación, el cambio de enfoques y entendidos no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, debiendo la administración asumir medidas para que la variación que sea justa e indispensable, suceda de la forma menos traumática para los afectados." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

En otros términos, el principio de la confianza legítima: *es una consecuencia del principio constitucional de la buena fe y consiste en que el Estado no puede de manera intempestiva modificar unas disposiciones que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a los mismos un período de transición para adecuar su comportamiento a una situación jurídica distinta. Con el principio de la confianza legítima no se pretende proteger derechos adquiridos, sino tan sólo amparar unas expectativas legítimas que los particulares se habían creado con base en comportamientos de la administración pública (activos u omisivos), regulaciones legales o interpretaciones de las disposiciones jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima exige ser ponderada, en el caso concreto, con otros principios como el de la protección del interés general²².*

²² Corte Constitucional sentencia T-689 de 2005.

254

2.3. Estudio del caso concreto.

2.3.1. Hechos probados:

Con base en las pruebas aportadas al *sub-lite*, el Despacho puede dar por probadas las siguientes circunstancias:

(i) El Instituto Financiero de Boyacá tiene la naturaleza jurídica de un establecimiento público de carácter Departamental, descentralizado de fomento y desarrollo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. (Fl.205)

(ii) Mediante oficio DAS- 1320-4-593 de fecha 12 de marzo del año dos mil diez (2010), se notificó al Representante Legal del Instituto Financiero de Boyacá que, las Cajas de Compensación Familiar, estaban facultadas para efectuar la revisión de los documentos contables que reflejaran los diferentes gastos laborales, en virtud de establecer con exactitud los elementos integrantes del salario que hacen parte de la base de liquidación, con fundamento en lo anterior y según lo previsto en el Decreto 341 de 1988, se solicitó permitir la verificación de las nominas de salarios mensuales, planillas de pagos a seguridad social, comprobantes de egreso, Estado de resultados certificados por el Contador, ejecución presupuestal, estructura de salarios, declaraciones de renta y demás documentos contables de las vigencias 2005 a 2009. (Fl.199)

(iii) Con base en la auditoria adelantada, la Caja de Compensación Familiar de Boyacá- Comfaboy, estableció elusión en los aportes pagados durante las vigencias fiscales de 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, evidenciándose además, diferencia en todos los factores del salario, registrándose en menor valor del ingreso base de cotización, por lo anterior, mediante el oficio DAS-1320-04-1007 de fecha 16 de abril de 2010, se requirió al Representante Legal del Instituto Financiero de Boyacá a fin que cancelara la suma de Treinta y Dos Millones Setecientos Cuarenta y Tres Mil Doscientos Cincuenta y un pesos (\$32.743.251), o en su defecto para que presentara recurso de apelación en el término de un mes. (Fl.185)

(iv) Mediante el oficio 100.0.146 de fecha veinte (20) de mayo del año dos mil diez (2010), el Gerente general del Infiboy, radicó ante la Caja de Compensación Familiar de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Boyacá, un escrito en el cual le hace saber sus desavenencias frente a la liquidación efectuada en el oficio DAS-1320-04-1007 de fecha 16 de abril de 2010. (Fl.179 a 184)

(v) Dicho recurso fue resuelto mediante el oficio DAS-1220-04-1641, de fecha 08 de mayo de 2012, allí se resolvió modificar el valor disminuyéndolo a la suma de Treinta Millones Doscientos Sesenta y Tres mil Ochocientos Ochenta y Dos Pesos. (\$30.263.882) (Fl.164 a 174)

(vi) Al día veinte (20) de septiembre del año dos mil trece (2013), el Infiboy no había efectuado el pago de la suma de dinero liquidada por la Caja de Compensación familiar de Boyacá, mediante el oficio DAS-1220-04-1641 del 08 de mayo de 2012, lo anterior, según se certificó por la Tesorera General de tal entidad. (Fl.211)

Acotadas las anteriores circunstancias, a continuación el Despacho procede a resolver cada una de las causales de nulidad invocadas desde el libelo introductorio, así:

Inclusión de la prima de navidad en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009.

La parte demandante afirma que dicha prima no constituye factor salarial, que la misma sólo puede entenderse como factor salarial para los efectos que expresamente prevea la ley, como en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en el que se estipula que lo es para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tengan derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, que la interpretación dada por Comfaboy, haciendo extensibles los efectos de esta norma cuando toma la prima de navidad, como base para liquidar aportes parafiscales, es un acto contrario a lo que está expresamente señalado en la ley, toda vez que para que un pago constituya salario, no solamente se requiere que sea habitual y periódico, sino que retribuya el servicio prestado.

En tal sentido, la parte demandada, resiste tal argumento afirmando que la prima de navidad por mandato legal, es una obligación a cargo del empleador pagadera en proporción por el servicio prestado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, que la misma se liquida con base en el último salario devengado, exigible de manera acumulada en el mes de diciembre de cada año, es decir, su frecuencia es anual, que ésta, es factor salario para liquidar prestaciones sociales, que por tanto reúne todos

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

los elementos y características naturales y jurídicas para ser considerada como salario para efectos parafiscales, por su habitualidad, independientemente de su denominación.

Como quiera que el punto central de debate se circunscribe a determinar si la prima de navidad es o no un factor salarial y por tanto, si la misma debe ser tenida en cuenta para llevar a cabo la liquidación de aportes parafiscales del subsidio familiar, considera pertinente reiterar el Despacho que conforme al artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 constituyen salarío todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios prestados, en consonancia con lo anterior, conforme al artículo 17 de la ley 21 de 1982, para efectos de liquidar los aportes al régimen del subsidio familiar, debe entenderse por nomina 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.

En este orden de ideas, se tiene que la prima de navidad es equivalente a un mes de salario cuando se ha laborado tiempo completo o en su defecto, de manera proporcional al tiempo laborado, que debe pagarse en la primera quincena del mes de diciembre; con el salario correspondiente al cargo desempeñado al día treinta de noviembre de cada año.

En razón a lo anterior, considera el Despacho que la misma ostenta las tres características necesarias ya anotadas a fin de ser considerada salario, es decir, - *es habitual, se paga periódicamente y se recibe por el trabajador como retribución de los servicios prestados.*

Aunado a lo anterior, debe tenerse de presente que conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, la prima de navidad es constitutiva de factor salarial, para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía así como de las pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales, de modo que, dicha connotación- *la de salario*- debe predicarse no solo para liquidación de las cesantías y las pensiones, sino de todas las demás prescripciones jurídicas en las cuales la misma se vea inmersa, lo anterior, en la medida que es la misma ley la que de modo directo le atribuye tal carácter salarial, tal argumento se refuerza aun más, si se tiene en cuenta que el subsidio familiar, es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, siendo su objetivo fundamental el de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

En conclusión, se considera que la prima de navidad es constitutiva de salario a fin de liquidar los aportes de la contribución parafiscal del subsidio familiar, por lo expuesto, no prospera el cargo estudiado.

Inclusión del valor de remuneración de servicios técnicos (Supernumerarios) en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.

La parte actora expone que éste valor debe ser descontado de la liquidación teniendo en cuenta que el eje de este rubro presupuestal aduce a los contratos celebrados por la entidad como prestación de servicios, que no existe ningún rubro presupuestal que haga mención a la contratación de personal supernumerario, que la Caja de Compensación Familiar, aduce la existencia de una dependencia laboral en cuanto al personal contratado por el Infiboy, pero que carece de todo sustento fáctico y jurídico, pues, la dependencia laboral de las relaciones laborales es únicamente facultad del Juez Laboral, que en este orden de ideas, ésta debe ser declarada judicialmente mediante un proceso laboral, que hasta el momento el Instituto no ha tenido ninguna demanda por ese evento.

Es de anotar que a folios 75 a 114 y 158 a 199, obra la auditoria realizada por la parte demandada al Instituto Financiero de Boyacá, y la cual fue el origen de los actos administrativos hoy en día enjuiciados, de lo obrante allí, no se puede extraer al romper ni con total certeza; cuales fueron los motivos desencadenantes para que se requiriera al Infiboy en el sentido de no haber liquidado correctamente la base de los parafiscales en el ítem denominado remuneración de servicios técnicos.

Por lo expuesto y a fin de resolver el cargo, el Despacho se remite en primer término a las consideraciones esbozadas frente a la remuneración de servicios técnicos por la Caja de Compensación Familiar de Boyacá- Comfaboy, en el oficio N° DAS-1220-04-1641 de fecha ocho (08) de mayo del año dos mil doce (2012), por medio del cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la liquidación de aportes DAS-1320-04-1007 del 16 de abril de 2010. (Fl.164 a 174), notemos:

"REMUNERACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS"

*En la documentación contable **se evidencia que se utilizó personal adicional en característica de personal supernumerario, desempeñando funciones propias de la obligación misional del INSTITUTO**, lo cual configura la condición de dependencia laboral y que en rubros del balance los clasifican como remuneración de servicios técnicos, se evidenció la prestación personal del servicio por parte de los*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

trabajadores que no hacen parte de la planta de personal de la entidad y que por necesidad del servicio han sido contratados cumpliendo horario en condiciones similares a los trabajadores de planta; dentro del recurso ni se controvierte ni se plantea sustancialidad jurídica y menos que se pruebe que dichos pagos carezcan de la naturaleza jurídica de la relación de carácter laboral. (...)"(Fl.173) (Subrayas y Negrilla Fuera de Texto)

Ahora bien, la parte demandada, en su contestación de la demanda, frente al cargo en estudio textualmente expuso como argumento de defensa lo siguiente (Fl.71 y 72):

"PAGOS LABORALES A PERSONAL SUPERNUMERARIO CON FUNCIONES MISIONALES DEL INFIBOY/ REMUNERACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICO.

*La auditoría a la nómina del Infiboy, **arrojó un hallazgo consistente en la contratación de personal supernumerario** que desarrollaba funciones misionales propias o conexas con las la entidad auditada, estructurándose la dependencia laboral, clasificados contablemente como remuneración de servicios técnicos, sin que ésta denominación los excluya de su obligación parafiscal y mucho menos de los beneficios y derechos que les asisten en recreación, salud, educación formación técnica y subsidio familia."(Sic) (Subrayas y Negrillas Fuera de texto)*

Bajo este contexto, se encuentra que la Caja de Compensación familiar de Boyacá- Comfaboy, determinó dentro de la auditoria realizada al Instituto Financiero de Boyacá que éste había contratado personal supernumerario, razón por la cual sobre los mismos debían liquidarse los correspondientes aportes parafiscales con destino al Subsidio Familiar.

Como ya se expuso, el personal supernumerario encuentra asidero jurídico tanto en nuestra Carta Política en el artículo 125, como en el Decreto 1042 de 1978 en el artículo 83, ahora bien, la última norma citada expuso que, la remuneración de los mismos "se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.- (Artículo 83), tal remuneración conforme al artículo 42²³ del Decreto en cita corresponde entre otros a salario propiamente dicho.

Conforme a lo anteriormente expuesto, al devengar el personal supernumerario como retribución por sus servicios prestados, un salario²⁴, el mismo debe hacer parte de la base

²³ "Decreto 1042 de 1978 Artículo 42º.- 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. (...)" (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto)

²⁴ "(...)Las actividades que desarrollan los supernumerarios en virtud de este tipo de nombramiento, corresponden a aquellas que temporal o transitoriamente no pueden ser atendidas por los titulares o por la entidad por no estar establecido en su desarrollo normal y cotidiano. **A diferencia de la vinculación mediante contratos de prestación de servicios,**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

para liquidar aportes parafiscales, conforme lo dispone el multicitado artículo 21 de la ley 21 de 1982.

Sin embargo, el Despacho a folio 226 del expediente, encuentra una certificación expedida por la señora Nubia Stella Alarcón Gavidia, en su calidad de Profesional Especializado de Talento Humano del Instituto Financiero de Boyacá, en la cual certificó que, *"revisado el Archivo Central así como el Archivo de Gestión y específicamente las Historias Laborales que reposan en la Dependencia de Talento Humano, se verificó que durante las Vigencias Fiscales comprendidas entre el año 2005 y el año 2009, en el Instituto Financiero de Boyacá- Infiboy, dentro de las novedades administrativas de ingreso de empleados públicos nombrados en planta, no se vinculó personal alguno con la figura de Supernumerario.(...)" (Sic)*

De esta manera, al confrontar los argumentos expuestos por las partes tanto en la demanda como en la contestación dada a la misma, así como en base al caudal probatorio obrante en el expediente, encuentra el Despacho que le asiste razón al Instituto Financiero de Boyacá, en el sentido que para la base de liquidación de los aportes parafiscales de las vigencias 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, no se debió incluir en el rubro de servicios técnicos, lo correspondiente a personal Supernumerario, lo anterior, simple y llanamente por qué tal entidad durante tal periodo de tiempo, no vinculó personal alguno que ostentara éstas características.

Con base en lo expuesto, el cargo estudiado está llamado a prosperar.

Como última cuestión, considera pertinente el Despacho destacar que la apoderada del Infiboy, tanto en el texto de su demanda como en los alegatos de conclusión, expuso que, *"la razón a la cual COMFABOY acudió para incluir esta figura dentro de la liquidación fue la celebración de diversos Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión suscritos con personas naturales a los cuales COMFABOY categoriza erróneamente bajo la figura de Supernumerarios. (...)" (Sic) (Fl. 5 a 6 y 236)*

Sobre el particular debe manifestarse en primer término que conforme a los artículos 7 y 9

esta vinculación debe hacerse mediante Resolución en la cual debe estipularse la duración del contrato y así mismo justificarse que tipo de necesidad se va a cubrir, bien sea un reemplazo por vacaciones, licencia o para desarrollar actividades de carácter transitorio, y la remuneración se establece de acuerdo a las escalas contenidas en la ley. Igualmente el personal supernumerario tiene un grado de subordinación, lo cual lo diferencia de quien presta sus servicios mediante una relación contractual, por lo que se deriva en una verdadera y reconocida relación laboral.(...)" (Subrayas y Negrillas Fuera de texto) Consejo de Estado Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 41001-23-31-000-2000-02993-01(0577-09).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

de la ley 21 de 1982, se encuentran obligados a llevar a cabo aportes para subsidio familiar las entidades públicas y personas naturales que ostenten la calidad de empleadores, notemos en detalle:

"(...) Artículo 7º. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):

1º. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

2º. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.

3º. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal.

4º. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

(...)

Artículo 9º. Reglamentado por el Decreto Nacional 1465 de 2005. Los empleadores señalados en los artículos 7º y 8º. De la presente ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes: (...)" (Subrayas y Negritillas Fuera de Texto)

En este sentido, debe exponerse que los **contratos de prestación de servicios**, encuentran su génesis en:

- **El artículo 32 N° 3 de la ley 80 de 1993**, el cual los define textualmente de la siguiente manera:

"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.(...)"

NOTA : Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

•El artículo 2º Numeral 4 Literal H, de la Ley 1150 de 2007

"Para la Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión, o para la Ejecución de Trabajos Artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales".

•El artículo 3.4.5.1. del Decreto 734 DE 2012

"contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponde a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativa, logísticas, o asistenciales.

Para la contratación de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales la entidad justificará dicha situación en el acto administrativo de que trata el artículo 3.4.1.1. del presente decreto."

•Artículo 81 del Decreto 1510 DE 2013

"Contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

que se trate. En este caso, es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponde a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos”.

De lo consagrado en los anteriores artículos, podemos decir en síntesis y para lo que interesa en el caso concreto, que la característica principal de los contratos de prestación de servicios, radica en que éstos no generan relación laboral alguna con la entidad contratante, razón por la cual dentro de los mismos no se paga salario sino honorarios, así como tampoco prestaciones sociales.

No obstante, debe tenerse presente que conforme a la sentencia C- 154 de 1997 emanada de la H. Corte Constitucional, si el contratista acredita la existencia de una relación laboral subordinada, deberán entenderse desvirtuadas las características propias de esta clase de contratos, lo cual en caso de acontecer, conllevará a que se paguen todas las prestaciones sociales y demás emolumentos inherentes a la labor desarrollada, ahora bien, debe dejarse de presente que tal declaratoria le compete sólo a los Jueces de la república, notemos en detalle lo expuesto por la Corte Constitucional en la mentada sentencia:

"Como quiera que la argumentación esbozada por los demandantes en razón a una utilización tergiversada de los contratos de prestación de servicios independientes efectuada por las entidades estatales escapa a este control de constitucionalidad; para esta Corporación amerita precisar que en el evento de que la administración con su actuación incurra en una deformación de la esencia y contenido natural de ese contrato, para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, necesariamente enmarcará su actividad dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca.

De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (C.P., art.53).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho Nº 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

En resumen, a juicio de la Corte los cargos formulados por los demandantes, como se pudo registrar, parten de una premisa equivocada consistente en no haber diferenciado el contrato de prestación de servicios surgido del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que son a los que alude la norma examinada con respecto al Estatuto General de Contratación para la administración pública, de los contratos de trabajo, cuya relación jurídica y elementos configurativos son bien diferentes, los cuales no se predicán de la constitucionalidad de la disposición demandada sino de las deformaciones que en la aplicación práctica de esa figura contractual se han presentado.

En consecuencia, los razonamientos hasta aquí expuestos sirven de sustento a la Sala Plena de la Corte Constitucional para concluir que las expresiones acusadas del numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada, como así se hará en la parte resolutive de la presente providencia. (...)" (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto.)

En suma, si la Caja de Compensación familiar de Boyacá entendió que los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, suscritos por el Infiboy debían ser asimilados y/o denominados como Supernumerarios, en tal hipótesis tampoco era dable que el Instituto citado, tomara en la base de su liquidación de parafiscales los valores cancelados por honorarios en tales contratos, lo expuesto, en la medida que éstos contratistas, no son trabajadores del susodicho Instituto.

Precisa el Despacho que, para el caso de los supernumerarios, se tiene que éstos son de carácter TRANSITORIO - NO PERMANENTES, por tanto, la Caja de Compensación NO estaría obligada a pagarles a ellos el subsidio familiar, pues, el mismo sólo se paga a aquellos que tienen el carácter de PERMANENTES, en consecuencia, no podrían ser objeto de liquidación de esa parafiscalidad. Diferente situación se predicaría de los cargos comprendidos en las Plantas Temporales o Transitorias de empleos a que refieren los Arts. 19 y 21 de la Ley 909 de 2004²⁵, quienes a pesar de ser "temporales", sí gozan del

²⁵ **"ARTÍCULO 19. EL EMPLEO PÚBLICO.**

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

PARÁGRAFO. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, liderará los estudios y las mesas de concertación para la identificación, caracterización ocupacional y la determinación de los requisitos y procedimientos de acreditación, apoyada en metodologías reconocidas. Los resultados de las mismas permitirán al Gobierno Nacional establecer los requisitos de formación académica y ocupacional de los cargos. El Gobierno Nacional designará el organismo competente para la normalización, acreditación y certificación de las competencias laborales en el sector público.

259

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107

Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

beneficio de la Caja de compensación, por tanto sujetos a realizar el aporte, máxime si son incluidos en nómina.

Inclusión de los viáticos en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.

La parte actora expone que en la circular externa 18 del Ministerio de Trabajo, con base en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la ley 50 de 1990, así como en la sentencia C- 081 de 1996 de la Corte Constitucional, se recuerda que los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso; y que los viáticos permanentes constituyen salario sólo en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en los que tengan por finalidad proporcionar medios de transporte o gastos de representación.

Sobre este punto, manifiesta esta instancia que dicha pretensión no esta llamada a prosperar por las siguientes razones: **(i)** A folios 189 a 198 del expediente obran las ejecuciones presupuestales llevadas a cabo por el Infiboy, durante las vigencias, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, dentro de las mismas se evidencia el rubro caracterizado con el número 210202 el cual corresponde a viáticos y gastos de viaje, sin embargo, en los mismos no se expuso de manera clara que parte de estos viáticos correspondía a permanentes o a accidentales, **(ii)** Tampoco se expuso que parte de estos viáticos cancelados estuvo destinada a manutención y alojamiento de su respectivo trabajador, situaciones anteriores que conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado citada en el sub argumento denominado "Marco jurídico de los viáticos", conlleven a que se entienda que todo lo

ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos".

reportado allí por concepto de los mencionados, deba ser tenido como base para declarar parafiscales, en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

Inclusión de la indemnización por vacaciones en las liquidaciones de aportes parafiscales de las vigencias 2005 a 2009.

La parte actora manifiesta que en los actos administrativos DAS 1320-04-1007 y DAS 1220-04-1641, se toma como factor para liquidar los parafiscales la indemnización de vacaciones de las vigencias 2005 a 2009 auditadas.

Que frente al caso se puede afirmar que el Ministerio de Trabajo expidió circular externa N° 18 con fecha del 16 de abril de 2012, en relación con el ingreso base de liquidación de las contribuciones parafiscales, que en ésta el Ministerio acoge el concepto 2013 del 8 de febrero de 2011, de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, según el cual: *"las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella forman parte de la base para liquidar las contribuciones parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar."* Menciona que la autorización de la publicación del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado fue mediante oficio N° 065247 de Marzo 09 de 2011.

Que antes del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, el ICBF, en los conceptos N° 33053 de Junio 17 de 2008, 74306 de Diciembre 23 de 2008 y 005896 de febrero 10 de 2009, sostuvo que las vacaciones compensadas en dinero no formaban parte de las bases para liquidar aportes parafiscales, que también el Ministerio de la Protección Social, en los conceptos 10240- 00818 de enero 13 de 2009 y 10240-272386 de octubre 4 de 2010, había sostenido que las vacaciones compensadas en dinero no formaban parte de la base para liquidar parafiscales.

Que con base en lo anteriormente expuesto, esos conceptos del ICBF y del Ministerio de la Protección Social anteriores al 8 de febrero de 2011 (fecha del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado), en virtud del principio de confianza legítima deben amparar la actuación del que, en el año 2010 y anteriores no incluyó las vacaciones compensadas en dinero dentro del ingreso para liquidar parafiscales.

Considera esta instancia que éste cargo tampoco está llamado a prosperar por las siguientes razones: **(i)** Conforme al artículo 25 del Código Contencioso Administrativo

260

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

(Decreto 01 de 1984), norma vigente al momento de causación de las liquidaciones objeto de reproche, - años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009-, las respuestas dadas a las consultas formuladas ante las diferentes entidades estatales, no comprometían la responsabilidad de las entidades y tampoco eran de obligatorio cumplimiento²⁶, notemos:

"ARTÍCULO 25. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto.)

(ii) Se pone de presente que el principio de confianza legítima no puede contradecir la normatividad existente y reguladora de una situación particular, en este sentido debe aclararse que en el fondo el mismo lo que predica es la oportunidad que la administración debe otorgar a los asociados a fin de que estos se acoplen a los nuevos cambios realizados por ella²⁷.

Así las cosas, se subraya el hecho consistente en que los conceptos traídos a colación en el texto de la demanda por la entidad actora, según lo afirma la misma, fueron emitidos por el ICBF- *conceptos N° 33053 de Junio 17 de 2008, 74306 de Diciembre 23 de 2008 y 005896 de febrero 10 de 2009*, y por el Ministerio de la Protección Social,- *conceptos 10240- 00818 de enero 13 de 2009 y 10240-272386 de octubre 4 de 2010.*- (Fl. 7 y 8), más no por la entidad demandada Caja de Compensación de Familiar de Boyacá, situación

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-542 DE 2005 "La exclusión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo hace relación, en concreto, al contenido del concepto emitido en respuesta del derecho de petición. Del contenido del concepto emitido, insiste la Corte, no es posible derivar responsabilidad patrimonial alguna para la entidad que lo emite. Ello no significa que las autoridades públicas puedan actuar de modo arbitrario. En virtud de la cláusula del estado de derecho contenida en el artículo 1º de la Constitución Nacional, está vigente en Colombia el principio fundamental de interdicción de la arbitrariedad de la administración. **Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insístimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente.** De llegar a establecerse una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces, esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley."

²⁷ Corte Constitucional sentencia T-895 de 2010 "(...) de este principio **no se puede derivar intangibilidad e inmutabilidad en las relaciones jurídicas que generan confianza para los administrados; respetando los derechos adquiridos y frente a situaciones susceptibles de modificación, el cambio de enfoques y entendidos no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, debiendo la administración asumir medidas para que la variación que sea justa e indispensable, suceda de la forma menos traumática para los afectados.**(...)" (Subrayas y Negrillas Fuera de Texto)

que de entrada descarta la aplicación del principio de confianza legítima en el sentido que, la entidad demandada, no fue la creadora directa de la situación que luego fue aclarada por el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil a través del concepto 2013 del 8 de febrero de 2011; conforme a lo anterior, es posible concluir que la Caja de Compensación Familiar de Boyacá, no cambió de manera intempestiva disposición alguna que regulara una relación jurídica o sustancial frente a la cual el Infiboy se hubiese encontrado amparado.

(iii) Finalmente debe anotarse nuevamente que el Consejo de Estado desde el año 1993, ha venido sosteniendo de manera reiterativa que la compensación de las vacaciones debe tomarse como base para la liquidación de los parafiscales, en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

2.4. Conclusiones.

A modo de conclusiones generales, encuentra el Despacho que los actos administrativos demandados: **(a)** Se ajustaron a derecho en cuanto tomaron en la base para la liquidación de aportes parafiscales de las vigencias: 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 la prima de navidad, los viáticos y la indemnización por vacaciones que el Instituto Financiero de Boyacá les pagó durante ese periodo de tiempo a sus trabajadores. **(b)** los actos administrativos demandados no debieron incluir en la base de liquidación de la citada contribución el rubro denominado "*remuneración por servicios técnicos*".

2.5. Alcances del fallo.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se declarara la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y contenidos en los oficios: **(a)** DAS 1320-04-1007 de fecha 16 de abril de 2010 y, **(b)** DAS 1220-04-1641 de fecha 11 de mayo de 2012, **declarando a título de restablecimiento del derecho** que el **Instituto Financiero de Boyacá**, no se encontraba obligado a incluir dentro de la base para la liquidación de parafiscales en su modalidad de subsidio familiar de las vigencias: 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 el rubro incluido dentro de los actos administrativos demandados y denominado "*remuneración por servicios técnicos*".

267

43
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 15001-33-33-006-2012-00107
Demandante: Instituto Financiero de Boyacá - INFIBOY
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá - COMFABOY

Debe aclararse que no se emitirán más ordenes²⁸ en cuanto a folio 211 del expediente, se certificó por la misma entidad hoy en día demandante, que la suma de dinero liquidada por Comfaboy dentro de los actos administrativos demandados, no había sido pagada.

2.6.Costas.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del C.P.A.C.A., establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con lo anterior, se impondrá la correspondiente condena en costas a la parte vencida, como lo ordena el artículo 392 a 395 del C.P.C., modificado por la ley 1395 de 2010. En lo que atañe las agencias en derecho, teniendo en cuenta la tarifa prevista en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el numeral 2 del artículo 392, artículo 393 del C.P.C., el Despacho las fija en la suma de doscientos mil pesos (\$200.000).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio DAS-1320-04-1007, de fecha 16 de abril del año dos mil diez (2010), por medio del cual se notificó por la **Caja de Compensación Familiar de Boyacá - Comfaboy**, al Gerente

²⁸ Ley 1437 de 2011 artículo 187: "**Artículo 187. Contenido de la sentencia.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor. (Subrayas y Negritas Fuera de Texto)

del **Instituto Financiero de Boyacá- Infiboy**, una elusión o disminución en el pago de los aportes configurando un pasivo por pagar por la suma de TREINTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$32.743.251), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio DAS 1220-04-1641 de fecha 08 de mayo del año dos mil doce (2012), por medio del cual la **Caja de Compensación Familiar de Boyacá – Comfaboy**, dio respuesta al recurso de apelación interpuesto por el **Instituto Financiero de Boyacá- Infiboy** frente a la liquidación de aportes DAS 1320-04-1007 del 16 de abril del año dos mil diez. (2010), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero- A título de restablecimiento del derecho, se declara que el **Instituto Financiero de Boyacá- Infiboy**, no se encontraba obligado a incluir dentro de la base para la liquidación de parafiscales en su modalidad del subsidio familiar de las vigencias: 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 el rubro incluido dentro de los actos administrativos demandados y denominado "*remuneración por servicios técnicos*", conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Condenar en costas a la parte vencida, como lo ordena el artículo 392 del C.P.C., por secretaría efectúese la liquidación de las causadas conforme lo dispuesto por el Art. 393 del C.P.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Se fijan como agencias en derecho conforme al artículo 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 la suma de doscientos mil pesos (\$200.000).

Sexto.- La sentencia será cumplida dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011

Séptimo.- En firme ésta providencia, por secretaria líquidense las costas fijadas, y si existen remanentes devuélvanse a las partes.

Notifíquese y Cúmplase

EMILSEN GELVES MALDONADO
Juez