

"Respeto"

" El respeto exige un trato amable y cortés; el respeto es la esencia de las relaciones humanas, de la vida en comunidad, del trabajo en equipo."

Circular Externa No: 0 0 0 9

Dependencia: 0000

Destino: CONSEJOS DIRECTIVOS, DIRECTORES
ADMINISTRATIVOS Y REVISORES FISCALES DE LAS
CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR

De: Superintendente del Subsidio Familiar

Asunto: LIQUIDACIÓN DE APORTES CON DESTINO A LAS CAJAS
DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - VACACIONES
COMPENSADAS EN DINERO

Fecha: 09/05/2011

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto Ley 2150 del 30 de Diciembre de 1992, concordante con el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 789 del 27 de Diciembre de 2002, a la Superintendencia del Subsidio Familiar le compete la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:

- "1. Las Cajas de Compensación Familiar;*
- 2. Las demás entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, en cuanto al cumplimiento de este servicio;*
- 3. Las entidades que constituyan o administren una o varias de las entidades sometidas a su vigilancia, siempre que comprometan fondos del subsidio familiar."*

Dentro de los objetivos asignados por el Legislador a este Organismo de Control y

Vigilancia, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º del citado Decreto Ley 2150 de 1992, se encuentra el de:

"1. Ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar, con el propósito de que su constitución y funcionamiento se ajusten a la ley y a sus estatutos internos."

Dicha disposición es concordante igualmente con lo dispuesto en el artículo 7º, numeral 4º del Decreto Ley 2150 y con el numeral 4º del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, al señalar dentro de las funciones del Superintendente del Subsidio Familiar la de:

"4. Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto a sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación."

Por tanto, en virtud de la competencia asignada a este Organismo, este Despacho considera oportuno instruir a las Cajas de Compensación Familiar sobre un aspecto que en los últimos días ha recobrado especial vigencia y ha sido motivo de constantes consultas al interior de esta Entidad, pues respecto del mismo se observa que existen en diferentes Entidades y Organismos posiciones encontradas en cuanto al tema relacionado sobre si las vacaciones compensadas en dinero son factor a tener en cuenta para el pago de los aportes parafiscales con destino a las Cajas de Compensación Familiar.

Así las cosas, por considerar que se trata de un aspecto que guarda incidencia directa con los Entes objeto de nuestra función de inspección, vigilancia y control, consideramos oportuno abordarlo con el fin de hacer claridad al interior del Sistema del Subsidio Familiar sobre el mismo en los siguientes términos:

A la luz de lo dispuesto en el artículo 7º. de la Ley 21 de 1982, están obligados a pagar el Subsidio Familiar:

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

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

3o. Los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales y las Empresas de Economía Mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.

4o. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes."

Concordante con ello los factores de liquidación, se encuentran establecidos en el artículo 17 ibídem, que dice:

"Para efectos de la liquidación de aportes al régimen del subsidio familiar 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.**" (Las subrayas fuera de texto).

De las normas transcritas se colige que la Ley 21 de 1982, determinó la obligación de pagar el Subsidio Familiar tanto al sector público como al sector privado; y al establecer como factor de liquidación 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, igualmente determinó que para la aplicación de la norma reguladora de las relaciones de derecho individual de trabajo en el sector privado o legal y reglamentario del sector público, se debe recurrir en forma individual al resorte del Código Sustantivo del Trabajo y demás conceptos reguladores en caso de aquellas o al régimen especial expedido para el sector público en caso de éstas.

No obstante lo anterior, frente al tema que centra nuestra atención relativo a las vacaciones, es claro para este Despacho que el legislador contempló que se debían tener en cuenta como factor de liquidación de aportes, pues como bien se puede observar el ordenamiento legal en cita es expreso en incluir los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, cuyo pago queda comprendido en el concepto de nómina mensual de salarios para efectos de liquidar los aportes al régimen del subsidio familiar.

Ahora bien, sobre el tema el Honorable Consejo de Estado, **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**, Consejero Ponente: **LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**, mediante Concepto reciente del ocho (8) de febrero de dos mil once (2011), autorizada la publicación con oficio No. 065247 del (9 de Marzo de 2011), Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00069-00, Número interno 2.013, al absolver una consulta elevada por el señor Ministro de la Protección Social, acerca de los elementos que integran la "nómina" a efectos de establecer los factores que hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **ICBF.**, conceptos de nómina, y de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, señala en forma expresa:

"El Ministerio consultante requiere precisión sobre "los factores salariales que se deben considerar nómina", y sobre si todas las vacaciones compensadas en dinero pueden considerarse pagos verificados por descanso remunerado, para que a su vez, hagan parte de la base de liquidación de la contribución parafiscal al ICBF; aspectos que pasa la Sala a examinar.

3.3. Concepto de "nómina mensual de salarios"

El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, mediante la cual se modificó el régimen de subsidio familiar, estableció lo que se debe entender por nómina mensual de salarios, en los siguientes términos:

" Ley 21 de 1982

Artículo 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".

Como se observa, en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales se debe tomar como base la "nómina mensual de salarios", entendida como la totalidad de: **a) los pagos efectuados que constituyan salario conforme a la legislación laboral en**

general, más, b) los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales y contractuales. (Lo resaltado fuera de texto).

Frente al literal a) enunciado, el Ministerio desea saber cuáles factores salariales integran el concepto de nómina, y sobre el b), si todo lo que se entiende por vacaciones compensadas hace parte del concepto descansos remunerados.

a) Pagos efectuados que constituyen salario conforme a la legislación laboral

De acuerdo con el artículo 127 del C.S.T., "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. "De acuerdo con el artículo 1° de la ley 1ª de 1963 el auxilio de transporte decretado por la ley 15 de 1959 se considerará incorporado al salario.

A su vez, no constituye salario de acuerdo con el artículo 128 del C.ST., "las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones, o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. "

De otro lado, el artículo 17 de la ley 344 de 1996 dispuso que, ha de entenderse que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al SENA, ICBF y ESAP, régimen del subsidio familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la ley 100 de 1993.

Nótese que a pesar de que el subsidio de transporte es para efectos del trabajador factor salarial, no lo es para efectos de la base de liquidación de los parafiscales.

Ahora bien, tanto en el sector público como en el privado, el concepto de lo que constituye salario es el mismo, así lo resaltó la Sala en el concepto 1760, ya citado:

"Ahora bien, como según el citado artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de este primer grupo de aportes parafiscales se debe tomar como base la totalidad de los pagos efectuados que constituyan "salario" conforme a la legislación laboral en general, es importante tratar de precisar 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;
- 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" (negrilla fuera del texto)".

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 dé. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la "remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo." (Subrayas fuera de texto)

En resumen, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. De lo anterior, se exceptuará lo que expresamente la ley señale, como lo es a manera de ejemplo, el auxilio de transporte y los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario

El salario así entendido junto con el pago por los descansos remunerados, hace parte del concepto "nómina mensual de salarios", base de liquidación de los aportes parafiscales.

b) Pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales - Vacaciones compensadas

Para el Ministerio consultante, la discusión existente sobre la naturaleza compensatoria o indemnizatoria de las vacaciones pagadas en dinero, afectarla la base para liquidar los aportes parafiscales, dado que puede entenderse que de ser indemnizatoria, no hacen parte del concepto "descansos remunerados".

En este sentido el Ministerio plantea dos opciones sobre lo que debe entenderse por descansos remunerados para que puedan estar incluidos en la base de liquidación de los aportes parafiscales, las cuales pueden resumirse así:

i) Todo lo que se pague por descansos remunerados hace parte de la base, o,

ii) Sólo lo que se paga por descanso remunerado, en calidad de

"compensación" de las vacaciones (durante la relación laboral), hace parte de la base de liquidación de dichos aportes. Lo pagado como "indemnización" (al final de la relación laboral), por no ser salario, no puede ingresar a ser parte de la base.

Considera la Sala que la literalidad del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 no permite concluir que el criterio para determinar la base de liquidación de la contribución parafiscal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sea la naturaleza salarial de los pagos.

De otro lado, dicho artículo no hace distinción ni precisión alguna entre los descansos remunerados pagados durante la relación laboral o al final de ella, ni si tales circunstancias le dan la naturaleza compensatoria o indemnizatoria. Sencillamente, la norma analizada agrega a los pagos que constituyen salario, otro, "los descansos remunerados" también a cargo del empleador, sin hacer discriminación alguna sobre el momento en que éste reconoce al trabajador el derecho a que le sean compensados tales descansos (vacaciones, dominicales, compensatorios, etc.)⁶. (Lo resaltado fuera de texto).

⁶ Código Sustantivo del Trabajo. Ver Artículos. 164.- Descanso en día sábado, 172.- Descanso dominical, 177.- Descanso remunerado en otros días de fiesta, 178.- Suspensión de trabajo en otros días de fiesta, 181.- Descanso compensatorio, 183.- Formas de descanso compensatorio, 184.- Labores no susceptibles de suspensión, 236.- Descanso remunerado en la época de parto, 237.- Descanso remunerado en caso de aborto.

En consecuencia, todo pago realizado por el empleador por concepto de descanso remunerado en los términos que se ha dejado expuesto, hace parte de la base de liquidación de los aportes parafiscales. (Lo resaltado fuera de texto).

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". (Lo resaltado fuera de texto).

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 arto 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 si 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, y 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." (Lo resaltado fuera de texto).

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 arto 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 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: (Lo resaltado fuera de texto).

" ... 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 la liquidación de los aportes al Sena."

En la sentencia del 4 de diciembre de 2003 Radicación No. 13144, se reiteró que "a juicio 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." (Lo resaltado fuera de texto).

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. (Lo resaltado fuera de texto).

Con base en lo anterior, la Sala Responde:

"1. ¿Para determinar la base de liquidación de aportes parafiscales, se entiende que todas las vacaciones compensadas en dinero hacen parte del concepto de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 ?

Para determinar la base de liquidación de los aportes parafiscales, las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella, hacen parte del concepto de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 . (Lo resaltado fuera de texto).

2. ¿Cuáles son los factores salariales que se deben considerar "nómina", en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 , a efectos de determinar la base para el cálculo de los aportes parafiscales?

A efectos de determinar la base para el cálculo de los aportes parafiscales, además de la totalidad de los pagos hechos por descansos remunerados, los factores salariales que se deben considerar "nómina" en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 , son los que la ley laboral reconoce como tales. " (Lo resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, se observa como el Consejo de Estado, determina que el dinero compensatorio de las vacaciones que le entregan al trabajador en su liquidación final, porque no las alcanzó a disfrutar no puede interpretarse como el pago de una indemnización y que por tanto, el dinero de la compensación de las vacaciones no es indemnización por cuanto su pago no es un castigo para el empleador, sino simplemente el pago de un derecho real que tiene el trabajador que se va causando día a día.

En tal virtud, el Consejo de Estado en su fallo es claro en determinar que el dinero que se le da al trabajador en su liquidación final por concepto de vacaciones es un derecho y no indemnización y como tal hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales.

En consecuencia, con fundamento en lo previsto en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y en el pronunciamiento emitido por el Honorable Consejo de Estado Honorable Consejo de Estado - **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**, Consejero Ponente: **LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO**, mediante Concepto del ocho (8) de febrero de dos mil once (2011), este Despacho debe señalar que las vacaciones que no disfrutaron los trabajadores y que son pagadas en el momento de su retiro, hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales con destino a las Cajas de Compensación Familiar, lo cual deja sin efectos pronunciamientos contrarios que al respecto haya emitido esta Entidad de Control y Vigilancia en anteriores oportunidades, sin perder de vista que los conceptos que emite este Organismo de Control y Vigilancia, lo son al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, que determina en relación con el Derecho de formulación de Consultas que: *"Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución."*

Cordialmente,



EDUARDO AUGUSTO BENITEZ MALDONADO

Anexos :0

Folios :

Por : AMG/BNC

Consecutivo : 2011-002904

Copia interna a:



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil once (2011).-

AUTORIZADA LA PUBLICACIÓN CON OFICIO No. 065247 DEL (9 De Marzo de 2011)

Rad. No. 11001-03-06-000-2010-00069-00

Número interno 2.013

Referencia: Factores que hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF. Conceptos de Nómina, y de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

El señor Ministro de la Protección Social, consulta a la Sala acerca de los elementos que integran la "nómina", a efectos de determinar la base para calcular los aportes parafiscales a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Cecilia Lleras de la Fuente (ICBF), de cuyo Consejo Directivo es miembro.

1. INTERROGANTES

Los siguientes son los cuestionamientos planteados:

"1. ¿Para determinar la base de liquidación de aportes parafiscales, se entiende que todas las vacaciones compensadas en dinero hacen parte del concepto de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982?

2. ¿Cuáles son los factores salariales que se deben considerar "nómina", en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, a efectos de determinar la base para el cálculo de los aportes parafiscales?

2. ANTECEDENTES

Señala el señor Ministro, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, es un establecimiento público del orden nacional y como tal, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de la Protección Social, el cual tiene a cargo dos grandes funciones: en primer lugar, ejecuta las políticas sociales del Estado con recursos fiscales vía presupuesto nacional; y en segundo lugar, es el encargado de la administración de los recursos parafiscales constituidos por el 3% de la "nómina" de los empleadores, con destino a los menores y sus familias.

Agrega que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 señala que la "nómina" es la base de liquidación de la mencionada contribución parafiscal, definiéndola como 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.

Sostiene el Ministerio consultante que de la definición anterior de "nómina", surgen varias dudas, dado que la norma agrega a la totalidad de los pagos realizados por concepto de salario, "los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales", pagos frente a los cuales existen dos posiciones, ya sea que se entiendan como compensación o indemnización, a saber:

"a) La compensación propiamente dicha, en la que durante la vigencia del contrato laboral se sustituye una parte del disfrute por dinero. Por disposición legal expresa se incluye en esta categoría la compensación en dinero de las vacaciones al término del contrato de los trabajadores en misión de las empresas de servicios temporales.

b) La "indemnización" propiamente dicha, que, en el entendido de la jurisprudencia, tiene lugar cuando el trabajador ordinario se retira habiendo causado de modo parcial o total el derecho a vacaciones sin haber disfrutado del descanso."

A partir de lo referido, el Ministerio agrega que han surgido otras dos posiciones sobre el asunto consultado, que se pueden sintetizar así:

"1. El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, no realiza distinción entre las modalidades de descanso remunerado, por el contrario, contiene aquellos de tipo convencional o contractual y, como consecuencia, tanto la 'compensación' como la 'indemnización' constituyen base para el cálculo de los aportes parafiscales.

2. Los conceptos 'indemnización' y 'compensación' no son equivalentes. El término 'indemnización' connota un perjuicio derivado de un derecho que, a pesar de encontrarse causado, no alcanza a disfrutarse, por lo que no constituye salario y no puede, por ende, constituir base para el cálculo de los aportes parafiscales. "

Añade que, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia tienen posiciones diferentes, y a su vez, la Superintendencia de Subsidio Familiar, el Ministerio de la Protección Social y el Departamento Administrativo de la Función Pública se han pronunciado al respecto, es importante que esta Sala despeje las dudas que se han dejado expuestas.

3. CONSIDERACIONES

3.1 Problema Jurídico

La consulta se contrae a establecer la base de liquidación de los aportes parafiscales al ICBF. Para el efecto, la Sala recordará el concepto de contribución parafiscal y en concreto de la contribución al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, seguidamente precisará el concepto de "nómina" para lo cual recordará el concepto de salario, y analizará si las "vacaciones compensadas" en dinero hacen parte del concepto de "pagos verificados por descansos remunerados" de ley y convencionales o contractuales, -lo anterior, en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982-. Finalmente, dará respuesta a los interrogantes planteados.