

Radicado: 25000-23-37-000-2015-00502-01(24466)

Demandante: C.I. CREYTEX S.A.

FALLO

APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO – Inexistencia / VALORACIÓN PROBATORIA – Pruebas recaudadas con anterioridad

Esta Sala en cuanto a violación al debido proceso, explicó en sentencia de 26 de abril de 2016, lo siguiente: "[...] La Corte Constitucional ha precisado que, "No toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. [...] En cambio, no toda irregularidad cometida desde el punto de vista procesal formal en el recaudo de la prueba puede dar lugar a la nulidad. [...]" De acuerdo con el criterio expuesto, no toda irregularidad procesal en materia probatoria tiene como efecto una violación al debido proceso, que genere nulidad de los actos administrativos. (...) Se advierte que existe una controversia de carácter penal respecto a la legalidad del acta de inspección tributaria, sobre el cual no le corresponde pronunciarse a esta Sala, pero se procederá a realizar un análisis de las pruebas que sustentaron la actuación de la administración. (...) Se advierte que el material probatorio remitido por la actora en respuesta al requerimiento de información enunciado es anterior al recopilado en el acta de inspección tributaria. Adicionalmente, los actos demandados hacen referencia a otras pruebas remitidas al expediente, con el fin de respaldar su contenido. Es por lo anterior que, aún si se excluye el acta de inspección tributaria de la valoración probatoria, los actos administrativos demandados tienen sustento en pruebas recaudadas con anterioridad y cuya legalidad no ha sido controvertida.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la violación al debido proceso consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 26 de abril de 2016, Exp. 25000-23-27-000-2011-00101-02(19679), C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás

LIQUIDACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Bonificaciones pagadas a los empleados

En cuanto a los pactos de exclusión salarial, esta Sala en sentencia de 18 de julio de 2019, explicó lo siguiente: "[...] La modificación que se hizo al artículo 128 del CST por la Ley 50 de 1990 incluyó como no salarial "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." El alcance de esta norma no fue el pretendido, pues el criterio de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha sido que la naturaleza salarial de un pago no depende del acuerdo entre las partes, sino si constituye o no

retribución del servicio prestado. Ante estas circunstancias la Ley 344 de 1996, en su artículo 17, le dio el alcance correspondiente a los acuerdos entre empleadores y trabajadores en los que se haya pactado que algunos beneficios habituales u ocasionales no constituyan salario. Señaló dicha norma: "Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, 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 al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993." No se trata de que un pago que es contraprestación directa del servicio prestado y por tanto tiene naturaleza salarial, deje de tenerla por el acuerdo entre el empleador y los trabajadores. De acuerdo con esta norma interpretativa, para efectos de los aportes parafiscales y las contribuciones a la seguridad social, cuando se pacte que un pago no constituye salario, significa que no hará parte del Ingreso Base de Cotización. El alcance de estas normas es que rubros que son salario puedan excluirse de la base para determinar las contribuciones a la protección social. En consecuencia, después de la vigencia de la Ley 344 de 1996 el Ingreso Base de Cotización para empleados del sector privado es el salario, menos aquellos rubros que las partes hubiesen pactado como que no son base de aportes. [...] De acuerdo con el criterio expuesto, los empleadores no pueden acordar con sus trabajadores, qué parte de su ingreso no es salario, pero si pueden establecer los rubros de su salario que no hacen parte de la base para determinar el pago de sus aportes parafiscales. Adicionalmente, para que las bonificaciones se encuentren excluidas del factor salarial, deben encontrarse expresamente excluidas por las partes. (...) En consecuencia, las bonificaciones mencionadas se encuentran excluidas del factor salarial para el cálculo del pago de aportes parafiscales de la actora, el encontrarse establecidas en el artículo 128 C.S.T., y al manifestarse como excluidas expresamente por el empleador y algunos de sus trabajadores mediante otrosíes.

NOTA DE RELATORÍA:, Sobre los pactos de exclusión salarial consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 18 de julio de 2019, Exp. 63001-23-33-000-2014-00043-01(21936), C.P. Milton Chaves García; sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 1993, Radicación 5481, M.P. Hugo Suescún Pujols.

PAGO DE APORTES PARAFISCALES – Vacaciones a empleados desvinculados

El artículo 1 de la Ley 995 de 2005, ordena lo siguiente: "**DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** 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." (Subraya la Sala) En relación con el mencionado artículo, la Corte Constitucional en sentencia de 16 de agosto de 2006, explicó lo siguiente: "[...] Por ello, las vacaciones y su compensación son derechos propios del trabajador público o privado, que el legislador no puede eliminar o sujetar a plazos desproporcionados para su reconocimiento. Por regla general, el trabajador tendrá derecho a recibir en dinero el pago del descanso que no llegó a disfrutar mientras estuvo vigente la relación laboral, cualquiera sea el tiempo trabajado, salvo que el legislador haya fijado un plazo para el nacimiento de ese derecho, el cual no podrá exceder el límite temporal ya señalado. Con relación a este aspecto, la Ley 995 de 2005 optó por no exigir un período mínimo para acceder a la compensación de las vacaciones no disfrutadas cuando se termina la relación

laboral y, en su contexto, el derecho al descanso remunerado se entiende causado día a día y proporcionalmente "por el tiempo efectivamente trabajado" (art. 1). [...]" (Subraya la Sala) De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, las vacaciones son un concepto que se deriva del tiempo efectivamente trabajado por los empleados, por lo que no tiene incidencia si el contrato laboral se terminó, ya que se generaron previamente. En consecuencia, no le asiste razón a la actora al manifestar que por el simple hecho de la terminación del contrato laboral las vacaciones no son un descanso remunerado, ya que se generaron por la relación laboral previa.

En cuanto a la relación de pago de aportes parafiscales y las vacaciones pagadas, esta Sala ha explicado de forma reiterada, lo siguiente: "[...]5.5.3. Sin embargo, conforme con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes, entre otros, al ICBF, en el concepto de nómina mensual de salarios se incluyen los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, es decir, por vacaciones, ya sea, en la modalidad de descanso remunerado o en la de compensación en dinero a manera de sustitución.[...]" De acuerdo con el criterio expuesto, los pagos de aportes parafiscales al SENA, ICBF y cajas de compensación deben realizarse por los descansos remunerados o por su compensación de dinero a manera de sustitución, en consideración con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, lo cual ocurre en el presente caso. En consecuencia, los rubros de dichos aportes determinados en los actos demandados se encuentran acorde con la normatividad.

FUENTE FORMAL: LEY 995 DE 2005 - ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el criterio reiterado por la Sección Cuarta en cuanto al pago de aportes parafiscales y vacaciones consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 13 de diciembre de 2017, Exp. 25000-23-37-000-2012-00161-01(20527), C.P. Milton Chaves García

CONDENA EN COSTAS - Reglas / CONDENA EN COSTAS - Improcedencia. Falta de prueba de su causación

En segunda instancia, la Sala no condenará en costas porque no obra elemento de prueba que demuestre las erogaciones por ese concepto, como lo exige para su procedencia el artículo 365 del CGP, aplicable por disposición del artículo 188 del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00502-01(24466)

Actor: C.I. CREYTEX S.A.

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 19 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", que negó las pretensiones de la demanda[1].

La parte resolutive de la sentencia apelada dispuso lo siguiente:[2]

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la sociedad **C.I. CREYTEX S.A.** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, conforme los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No se condena en costas. [...]"

ANTECEDENTES

El 27 de agosto de 2013 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, expidió el Emplazamiento para Declarar y/o Corregir 612, en el que se estableció que la actora entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2012 incumplió con el deber de presentar las autoliquidaciones y pagos al sistema de protección social y presentó inexactitud en las autoliquidaciones y pagos al sistema[3].

El 24 de enero de 2014 la demandada expidió la Liquidación Oficial RDO 175, en la que determinó como valor por liquidación e inexactitud de aportes al Sistema de Seguridad Social de la actora para los periodos entre enero y diciembre de 2012 la suma de \$135.849.300[4]. Frente a la mencionada liquidación la demandante presentó recurso de reconsideración el 25 de febrero de 2014, el cual fue resuelto mediante la Resolución RDC 297 del 14 de julio de 2014 en la que se confirmó en su totalidad el acto recurrido.

DEMANDA

C.I. CREYTEX S.A., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló las siguientes pretensiones[6]:

"1. Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones:

1.1. Resolución liquidación oficial de revisión RDO. 175 del 24 de enero de 2014 de la Dirección de Parafiscales – Subdirección de determinación de obligaciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

1.2. Resolución que resuelve recurso de reconsideración confirmando RDC 297 del 14 de julio de 2014 de la Dirección de Parafiscales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-.

2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se profiera nueva liquidación oficial de la cual se estime únicamente los aportes dejados de pagar por horas extras, recargos nocturnos y dominicales y que se excluya de la misma los conceptos relacionados con vacaciones por liquidación definitiva de prestaciones sociales y pactos de exclusión salarial.

3. Que se impute el valor pagado a la fecha a la suma que resulte de realizar la liquidación correspondiente a la petición anterior."

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 6, 29, 53 y 121 de la Constitución Política.
- Artículos 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículos 286 y 287 del Código Penal.
- Artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.
- Artículos 178, 179 y 180 de la ley 107 de 2012.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Violación al debido proceso

Alegó que los actos demandados son violatorios al debido proceso, debido a que se derivan de una inspección tributaria, que en realidad nunca se llevó a cabo. Además, advirtió que la representante legal instauró denuncia penal en contra de los funcionarios de la demandada, que presuntamente falsificaron el acta de la mencionada inspección.

Aclaró que en el presente caso se debe aplicar la teoría de los "frutos del árbol envenenado" en materia probatoria, ya que al ser ilegal el acta de inspección tributaria los demás actos que se desprendieron de dicha acta deben ser considerados ilegales.

Indebida motivación

Manifestó que la UGPP entró a definir de manera arbitraria qué factores eran considerados o no salario, extralimitándose en las funciones de fiscalización y desatendiendo la libertad que tenía la actora de pactar expresamente con sus trabajadores el pago de una suma de dinero (bonificaciones) bajo condiciones específicas, respetando los mínimos de la relación laboral.

Adicionalmente, explicó que los pactos de exclusión salarial tienen como fuente el Código Sustantivo del Trabajo -C.S.T- y el Código Civil, en los que se parte de la libertad de las partes, para determinar sus efectos.

Explicó que pactó con algunos de sus empleados en consideración con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, un pago único extraordinario reconocido por mera liberalidad del empleador, el cual no debe considerarse salario.

Advirtió que el valor pagado por vacaciones, así como los pagados por compensación de vacaciones no son base para calcular los aportes de seguridad social, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos[7]:

Luego de hacer referencia a los antecedentes administrativos del presente proceso, explicó que no existió violación al debido proceso, ya que se respetó el derecho de defensa y contradicción de la actora en todas las etapas del proceso administrativo. Además, aclaró que por medio de Auto Comisorio 172 de 2013 se facultó a varios funcionarios de la UGPP, para verificar el valor de los pagos de aportes de seguridad social.

Manifestó que el acta de inspección tributaria que se encuentra en el expediente goza de presunción de veracidad, mientras no sea tachada de falsedad material. Adicionalmente, la mencionada acta no afecta la presunción de legalidad de los actos demandados, debido a que es un acto de trámite no susceptible de control jurisdiccional, y en el presente caso se recaudaron otras pruebas, que son sustento de los actos demandados.

Advirtió que los funcionarios que expidieron los actos demandados se encontraban debidamente facultados en consideración del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, el Decreto Ley 169 de 2008, el artículo 227 de la Ley 1450 de 2011 y los artículos 178 y 180 de la Ley 1607 de 2012, para determinar el ingreso base de cotización para los aportes al Sistema de Protección Social con relación con los salarios pagados por la actora.

Además, aclaró que el análisis realizado para determinar que se considera salario tiene como fuente los artículos 127 y 128 del C.S.T., respecto de los cuales se determinaron que algunos pagos que se realizaron a los trabajadores fueron salarios al ser habituales de acuerdo con las pruebas solicitadas a la actora.

Manifestó que las vacaciones que fueron pagadas a los empleados también hacen parte de la base de liquidación para pagos al Sistema de Seguridad Social, ya que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 ordena que la nómina mensual de salarios se encuentra constituido por la totalidad de pagos hechos por diferentes elementos integrales del salario, entre los que se encuentran las vacaciones.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", negó las pretensiones de la demanda y la condena en costas. Las razones de la decisión se resumen así[8]:

El Tribunal determinó de acuerdo con el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 21 del Decreto 575 de 2013, que la UGPP tiene facultades de fiscalización, determinación y cobro de las contribuciones al Sistema de Seguridad Social. Además, aclaró que no se realizó visita a la empresa, y lo que refleja el acta de inspección tributaria son solo las pruebas que se aportaron en respuesta al Requerimiento para Declarar 612 de 27 de agosto de 2013, por lo que no se afecta la validez de los actos demandados.

Explicó que en las pruebas aportadas se encuentran varios otrosíes, que se suscribieron entre la actora y los empleados de la compañía. Sin embargo, dichos acuerdos no demuestran que las supuestas bonificaciones pagadas no sean parte del salario de los trabajadores, al determinar que son un pago por los trabajos realizados.

Aclaró de acuerdo con las pruebas aportadas por la actora, se realizaron pagos a sus empleados por concepto de descansos remunerados. Sin embargo, dichos pagos no son exentos de aportes parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y cajas de compensación familiar, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

El Tribunal no condenó en costas, por no encontrarse probadas en consideración del artículo 361 y 365 del Código General del Proceso -CGP-.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló con fundamento en los siguientes argumentos:[9]

Alegó que existió violación al debido proceso, debido a que el Tribunal no tomó en cuenta que la inspección tributaria en realidad no se realizó, por lo que su contenido al ser ilegal debe causar la nulidad de los demás actos que se desprendieron de su contenido. Además, advirtió que se desconoció el principio de realidad sobre forma, al no reconocer los efectos jurídicos de los pactos de exclusión salarial, los cuales tienen efecto de no generar pagos al Sistema de Seguridad Social con fundamento en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Manifestó que las vacaciones que se pagan a la terminación de la relación laboral no hacen parte del ingreso base de cotización de aportes al Sistema de Seguridad Social, ya que no tienen fuente legal para que se genere su obligación de pago.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró lo dicho en su escrito de apelación[10].

La demandada reiteró de manera sucinta lo dicho en la contestación de la demanda[11].

El Ministerio Público representado por el Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones[12]:

Manifestó que no existió violación al debido proceso, debido a que los actos demandados tienen como fuente las pruebas aportadas por la actora. Además, aclaró que en el presente caso los contratos y los otrosíes no prueban que las bonificaciones no sean salario.

Adicionalmente, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 ordena claramente, que el pago de vacaciones obliga al pago de contribuciones parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En términos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala decide sobre la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión RDO 175 del 24 de enero de 2014 y de la Resolución RDC 297 del 14 de julio de 2014, expedidas por la UGPP.

Problema jurídico

El problema jurídico se concreta en determinar (i) si existió violación al debido proceso, por la alegada ilegalidad del acta de inspección tributaria del 17 de abril de 2013 (ii) si las bonificaciones pagadas a los empleados se consideran salario para efectos de liquidar aportes al Sistema de Seguridad Social, y (iii) si el pago de las vacaciones a empleados desvinculados laboralmente a la empresa actora obliga al pago de aportes parafiscales.

En cuanto a la violación al debido proceso

La demandante alegó que existió violación al debido proceso, debido a que los actos administrativos demandados tienen como fundamento un acta de inspección tributaria del 17 de abril de 2013, que no se realizó, por lo que su contenido al ser ilegal debe causar la nulidad de los demás actos que se desprendieron de su contenido.

Esta Sala en cuanto a violación al debido proceso, explicó en sentencia de 26 de abril de 2016, lo siguiente[13]:

"[...] La Corte Constitucional[14] ha precisado que, "No toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado. [...]"

En cambio, no toda irregularidad cometida desde el punto de vista procesal formal en el recaudo de la prueba puede dar lugar a la nulidad. [...]"

De acuerdo con el criterio expuesto, no toda irregularidad procesal en materia probatoria tiene como efecto una violación al debido proceso, que genere nulidad de los actos administrativos.

Se observa en el expediente, que obra acta de inspección tributaria de 17 de abril de 2013 en la que se determinó que se recaudó el documento de "Nóminas mensuales de salarios o compensaciones y soportes adicionales como desprendibles de pago de nómina"[15]. Además, declaración extrajuicio de 2 de septiembre de 2014 y "Formato Único de Noticia Criminal" de la Fiscalía de Medellín, en la que la Representante Legal de la empresa actora denunció a los funcionarios de la UGPP, por haber emitido la mencionada acta de inspección tributaria sin haberse practicado y por haber simulado su firma.

Se advierte que existe una controversia de carácter penal respecto a la legalidad del acta de inspección tributaria, sobre el cual no le corresponde pronunciarse a esta Sala, pero se procederá a realizar un análisis de las pruebas que sustentaron la actuación de la administración.

Se observa que en memorial de respuesta de 10 de abril de 2013 al Requerimiento de Información 20136200535851 del 5 de marzo de 2013, la actora manifestó, que remitió a la demandada los siguientes documentos[17]:

- "1. Certificación de Balances por Representante Legal y Contador.
2. Certificación de Nóminas Mensuales en contabilidad por Representante y Contador.
3. Certificación de Vacaciones pagadas por terminación de contrato y por disfrute de la Revisora Fiscal.
4. Certificado de Composición Accionaria por la Representante Legal y la Revisoría Fiscal.
5. Certificación relacionada con Convenciones, pactos colectivos y similares por Representante Legal.
6. Cd con la información de cada uno de los puntos del Requerimiento de información."

Se advierte que el material probatorio remitido por la actora en respuesta al requerimiento de información enunciado es anterior al recopilado en el acta de inspección tributaria. Adicionalmente, los actos demandados hacen referencia a otras pruebas remitidas al expediente, con el fin de respaldar su contenido[18].

Es por lo anterior que, aún si se excluye el acta de inspección tributaria de la valoración probatoria, los actos administrativos demandados tienen sustento en pruebas recaudadas con anterioridad y cuya legalidad no ha sido controvertida.

En consecuencia, no se advierte vulneración al principio del debido proceso. No prospera el

cargo.

En cuanto a las bonificaciones pagadas a los empleados

La demandante manifestó que los actos administrativos demandados desconocen el principio de realidad sobre forma, al no reconocer los efectos jurídicos de los pactos de exclusión salarial, los cuales tienen efecto de no generar pagos al Sistema de Seguridad Social en consideración con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto a los pactos de exclusión salarial, esta Sala en sentencia de 18 de julio de 2019, explicó lo siguiente[19]:

"[...] La modificación que se hizo al artículo 128 del CST por la Ley 50 de 1990 incluyó como no salarial "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."

El alcance de esta norma no fue el pretendido, pues el criterio de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha sido que la naturaleza salarial de un pago no depende del acuerdo entre las partes, sino si constituye o no retribución del servicio prestado.[20]

Ante estas circunstancias la Ley 344 de 1996, en su artículo 17, le dio el alcance correspondiente a los acuerdos entre empleadores y trabajadores en los que se haya pactado que algunos beneficios habituales u ocasionales no constituyan salario. Señaló dicha norma:

"Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, 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 al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993."

No se trata de que un pago que es contraprestación directa del servicio prestado y por tanto tiene naturaleza salarial, deje de tenerla por el acuerdo entre el empleador y los trabajadores.

De acuerdo con esta norma interpretativa, para efectos de los aportes parafiscales y las contribuciones a la seguridad social, cuando se pacte que un pago no constituye salario, significa que no hará parte del Ingreso Base de Cotización.

El alcance de estas normas es que rubros que son salario puedan excluirse de la base para determinar las contribuciones a la protección social.[21]

En consecuencia, después de la vigencia de la Ley 344 de 1996 el Ingreso Base de Cotización para empleados del sector privado es el salario, menos aquellos rubros que las partes hubiesen pactado como que no son base de aportes. [...]"

De acuerdo con el criterio expuesto, los empleadores no pueden acordar con sus trabajadores, qué parte de su ingreso no es salario, pero si pueden establecer los rubros de su salario que no

hacen parte de la base para determinar el pago de sus aportes parafiscales. Adicionalmente, para que las bonificaciones se encuentren excluidas del factor salarial, deben encontrarse expresamente excluidas por las partes.

En el presente caso, la demandante con el fin de probar que las bonificaciones entregadas a sus empleados no hacían parte del factor salarial para el cálculo de aportes parafiscales, remitió otrosíes de los contratos de trabajo firmados por la Representante Legal con algunos de sus empleados al expediente, en los que se determinó como formato idéntico para todos, lo siguiente[22]:

"[...] **PRIMERA: EL EMPLEADOR** reconocerá a **EL EMPLEADO** unos beneficios, los cuales no constituyen salario por así acordarlo las partes, de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, normas que subrogaron los artículos 128 y 129 del C.S.T. los beneficios que a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para todo efecto laboral, prestacional o indemnizatorio. Los beneficios a reconocer son los siguientes:

1) Las bonificaciones que se le paguen al trabajador periódicamente o esporádicamente por efectos de compensación a su labor.

2) Las comisiones que no sean laborales de acuerdo a lo reglamentado en la ley.

El presente otrosí produce efectos a partir de la fecha de su suscripción. [...]"

La Sala advierte, que en los otrosíes remitidos al expediente la actora con algunos de sus empleados determinó de forma expresa que las bonificaciones se encontraban excluidas del factor salarial para el cálculo de aportes parafiscales. Además, pese a que se establece que son "por efectos de compensación a su labor", dicha afirmación no desvirtúa la mencionada exclusión.

Con lo anterior, la actora probó que las bonificaciones habían sido expresamente acordadas en los contratos laborales como factores no constitutivos de salario, lo que las ubica en lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, conforme la interpretación hecha por el artículo 17 de la Ley 344 de 1996. El hecho que se trate de bonificaciones habituales no le resta valor al pacto entre trabajadores y empleador para efectos del ingreso base de liquidación. En ese sentido vale la pena citar lo expuesto por esta Sección:

"Sin embargo, la demandada encuadró tales pagos en la primera parte del artículo 128 C.S.T., porque fueron denominadas contractualmente como "bonificaciones" y respecto de ellas la norma exige que para que no constituyan salario deben ser pagadas ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador. En el caso, como se estableció que el pago de las bonificaciones fue habitual y no ocasional, la DIAN concluyó que eran salario, según el artículo 127 C.S.T., apoyado además, en lo que sobre el tema de bonificaciones se analizó en la sentencia del 3 de julio de 1996, antes citada.

Para la Sala, el análisis jurídico y probatorio que realiza la Administración carece de sustento fáctico y legal.

Lo anterior, porque la demandante probó que las bonificaciones habían sido expresamente acordadas en los contratos laborales como factores no constitutivos de salario, lo que las ubica en lo dispuesto en el aparte final de la norma.

Además, el artículo 128 C.S.T. debe interpretarse según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 , que permite a los empleadores acordar con sus trabajadores los pagos que no constituyen salario dentro de la relación laboral, sin que allí se hayan señalado o indicado taxativamente los beneficios que podían o no excluirse del factor salarial.

Entonces, con la interpretación propuesta por el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 , es suficiente con que se demuestre la existencia de un acuerdo, bien sea convencional o contractual, en el que las partes hayan estipulado expresamente que determinados pagos no constituyen salario, para que puedan ser excluidos válidamente de la base para liquidar los aportes y ello no sea requisito para solicitar su deducción."[23]

En consecuencia, las bonificaciones mencionadas se encuentran excluidas del factor salarial para el cálculo del pago de aportes parafiscales de la actora, el encontrarse establecidas en el artículo 128 C.S.T., y al manifestarse como excluidas expresamente por el empleador y algunos de sus trabajadores mediante otrosíes[24].

En cuanto a las comisiones enunciadas en los otrosíes, se observa que la demandada no lo incluyó en el Ingreso Base de Cotización – IBC –. Además, se advierte que la actora no lo controvertió en la demanda como lo estableció el Tribunal en sentencia de primera instancia, y no fue objeto de controversia en el proceso administrativo cómo lo determinó la liquidación oficial demandada.

En consecuencia, se ordenará a la UGPP practicar una nueva liquidación excluyendo del IBC los pagos por concepto de bonificaciones, durante los periodos cuestionados en la liquidación oficial, y con fundamento en ello calcular los aportes parafiscales al sistema de la protección social. Prospera el cargo.

En cuanto al pago de las vacaciones a empleados

La actora advirtió que las vacaciones que se pagan a la terminación de la relación laboral no hacen parte del IBC de aportes parafiscales, ya que no tienen fuente legal para que se genere su obligación de pago.

El artículo 1 de la Ley 995 de 2005, ordena lo siguiente:

"DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. 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." (Subraya la Sala)

En relación con el mencionado artículo, la Corte Constitucional en sentencia de 16 de agosto de 2006, explicó lo siguiente[26]:

"[...] Por ello, las vacaciones y su compensación son derechos propios del trabajador público o privado, que el legislador no puede eliminar o sujetar a plazos desproporcionados para su reconocimiento. Por regla general, el trabajador tendrá derecho a recibir en dinero el pago del descanso que no llegó a disfrutar mientras estuvo vigente la relación laboral, cualquiera sea el tiempo trabajado, salvo que el legislador haya fijado un plazo para el nacimiento de ese derecho, el cual no podrá exceder el límite temporal ya señalado.

Con relación a este aspecto, la Ley 995 de 2005 optó por no exigir un período mínimo para acceder a la compensación de las vacaciones no disfrutadas cuando se termina la relación laboral y, en su contexto, el derecho al descanso remunerado se entiende causado día a día y proporcionalmente "por el tiempo efectivamente trabajado" (art. 1). [...]" (Subraya la Sala)

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, las vacaciones son un concepto que se deriva del tiempo efectivamente trabajado por los empleados, por lo que no tiene incidencia si el contrato laboral se terminó, ya que se generaron previamente. En consecuencia, no le asiste razón a la actora al manifestar que por el simple hecho de la terminación del contrato laboral las vacaciones no son un descanso remunerado, ya que se generaron por la relación laboral previa.

En cuanto a la relación de pago de aportes parafiscales y las vacaciones pagadas, esta Sala ha explicado de forma reiterada, lo siguiente[27]:

"[...]5.5.3. Sin embargo, conforme con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes, entre otros, al ICBF, en el concepto de nómina mensual de salarios se incluyen los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, es decir, por vacaciones, ya sea, en la modalidad de descanso remunerado o en la de compensación en dinero a manera de sustitución[28].[...]"

De acuerdo con el criterio expuesto, los pagos de aportes parafiscales al SENA, ICBF y cajas de compensación deben realizarse por los descansos remunerados o por su compensación de dinero a manera de sustitución, en consideración con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, lo cual ocurre en el presente caso[29]. En consecuencia, los rubros de dichos aportes determinados en los actos demandados se encuentran acorde con la normatividad.

No prospera el cargo.

Liquidación de aportes

En el presente caso, los actos administrativos demandados liquidaron de forma correcta los aportes parafiscales, por pago de vacaciones a empleados. Sin embargo, no se debió incluir en el IBC el valor de las bonificaciones pagadas a algunos de los empleados.

De acuerdo con lo expuesto, se ordenara a la UGPP que realice una nueva liquidación excluyendo del ingreso base de cotización - IBC, los valores pagados por concepto de bonificaciones.

Condena en costas

En relación con la condena en costas en segunda instancia, la Sala precisa lo siguiente:

En segunda instancia, la Sala no condenará en costas porque no obra elemento de prueba que demuestre las erogaciones por ese concepto, como lo exige para su procedencia el artículo 365 del CGP, aplicable por disposición del artículo 188 del CPACA.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada, en el sentido de ordenar la nulidad parcial de los actos demandados, y a título de restablecimiento de derecho ordenará a la UGPP que realice una nueva liquidación excluyendo del ingreso base de cotización, los valores pagados por concepto de bonificaciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 19 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión RDO. 175 del 24 de enero de 2014 y de la Resolución RDC 297 del 14 de julio de 2014, expedidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la UGPP practicar una nueva liquidación excluyendo del IBC los pagos por concepto de bonificaciones, durante los periodos cuestionados en la liquidación oficial y con fundamento en ello calcular los aportes parafiscales al sistema de la protección social.

CUARTO: Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

(Con firma electrónica)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

(Con firma electrónica)

(Con firma electrónica)

MILTON CHAVES GARCÍA JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

[1] Folios 217 a 231 del c.p

[2] Folio 231 del c.p

[3] C.D. de antecedentes administrativos.

[4] Folios 31 a 46 del c.p.

[5] Folios 47 a 57 del c.p.

[6] Folios 20 a 21 del c.p

[7] Folios 107 a 123 del c. p.

[8] Folios 217 a 231 del c.p.

[9] Folios 241 a 253 del c.p.

[10] Folios 277 a 285 del c.p.

[11] Folios 286 a 289 del c.p.

[12] Folios 290 a 292 del c.p.

[13] Exp. 19679. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

[14] Sentencia T-233/07

[15] Folios 59 y 60 del c.p.

[16] Folios 59 a 66 del c.p.

[17] Carpeta 1 "LIQUIDACIÓN OFICIAL -4107" C.D. de antecedentes administrativos.

[18] Folios 31 a 57 del c.p.

[19] Exp. 21936. C.P. Milton Chaves García

[20] Al respecto pueden verse las Providencias del Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de noviembre de 2001, expediente 7154, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencias del 19 de febrero de 2003, expediente 19.475. M.P. Carlos Isaac Náder, y del 27 de septiembre de 2004, expediente 22.069, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón. En la Corte Constitucional, la Sentencia C-710 de 9 de Diciembre de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

[21] En ese sentido puede consultarse la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 12 de febrero de 1993. Radicación 5481. M.P. Hugo Suescún Pujols.

[22] Carpetas "CD RD 20145141317922 y CD RD 20145141434962" C.D. de antecedentes administrativos.

[23] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 8 de julio de 2010, exp. 2006-01547 (17329), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Reiterada en la sentencia del 6 de agosto de 2014, exp. 2011-00336 (20030).

[24] "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, 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." (Subraya la Sala)

[25] Folio 41 del c.p. La liquidación oficial demandada establece: "Respecto del otro pago no constitutivo de salario denominado por la empresa "comisiones que no sean laborales de acuerdo a lo reglamentado en la ley" no se pronunciará este Despacho, toda vez que vistas las nóminas allegadas, no se observa su reconocimiento y pago durante la vigencia fiscalizada, razón por la cual no hay lugar a discusión alguna"

[26] Corte Constitucional. C – 669 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis

[27] Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Exp. 20527. C.P. Milton Chaves García

[28] En la Sentencia de esta Sección, del 4 de diciembre de 2003, radicado 25000-23-27-000-2000-00024-01 (13144), C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, se afirmó que "el pago de las vacaciones en dinero deben hacer parte de la base para liquidar los aportes al SENA", criterio que fue expuesto con anterioridad en las Sentencias del 17 de noviembre de 1994, radicado 5767 C.P. Consuelo Sarria Oleos y del 17 de octubre de 1995, radicado 7255, C.P. Julio E. Correa Restrepo. Con posterioridad, en la Sentencia del 25 de septiembre de 2008, radicado 25000-23-27-000-2004-90723-01 (16015), C.P. Ligia López Díaz, se dijo que: "la compensación monetaria de las vacaciones hace parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales". En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil el 8 de febrero de 2011, radicado 11001-03-06-000-2010-00069-00 (2013), C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

[29] "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), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales."

2

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co

Señor ciudadano este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica:

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo