

Radicado: 25000-23-37-000-2015-00811-01(24085)

Demandante: ALMACENES ÉXITO S.A.

PAGO NO SALARIAL – Noción. Son las sumas recibidas ocasionalmente y por mera liberalidad del empleador / **INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE PAGOS LABORALES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO PARA LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – Tope máximo del 40%** / **INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DE PAGOS LABORALES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO PARA LOS APORTES PARAFISCALES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – Alcance** / **SUSPENSIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL POR CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN – Procedencia**

2.1.1. Conforme el artículo 128 del C.S.T., no constituyen salario **a)** los pagos que recibe el trabajador ocasionalmente y por mera liberalidad de su empleador, **b)** lo que recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, **c)** las prestaciones sociales y **d)** los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie. Entre tanto, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, dice que por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 ídem, 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 a la seguridad social establecida en la Ley 100 de 1993. Así las cosas, lo que recibe el trabajador de su empleador de manera ocasional por mera liberalidad de éste, y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte o elementos de trabajo, no se consideran salario. Tampoco los reconocimientos otorgados en forma extralegal o convencional, respecto de los que se haya acordado que no constituyen salario. (...) De ahí que es contrario al entendimiento del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, decir que lo que no es constitutivo de salario no debe tenerse en cuenta para efectos del IBC, cuando la norma expresamente dice que solo para efectos de salud y pensiones debe tenerse en cuenta todo aquel factor que no constituye salario, que supere el 40% de la remuneración total del trabajador. La norma busca precisamente limitar o fijar como tope máximo para efectos de depurar el IBC el 40% de la remuneración total, como se infiere del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 que explícitamente dispuso que únicamente para efectos de la cotización a pensión y salud de que tratan los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, "los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración". Significa que los pagos que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración, sí deben incluirse en el Ingreso base de Cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aunque no en la base de cotización de aportes parafiscales Sena, ICBF, Cajas de Compensación y Subsidio Familiar. (...) Sin embargo, en CD que aportó la empresa actora con su demanda, que se ve a fl.134, obran copias de seis (6) resoluciones proferidas por el Instituto de

Seguros Sociales y/o Colpensiones, a través de las cuales se ordenó reconocer pensión de vejez a los señores Rodrigo de Jesús Giraldo Gaviria, Iván de Jesús Arredondo, Luz Elena Grisales Serna, María Esperanza Rojas López, Flor Enith Chavarriaga Castrillón y Rodrigo de Jesús Moreno Arenas. De esas resoluciones queda demostrado, que para el periodo objeto de controversia, cada uno de ellos tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, lo que daba lugar a suspender aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 – ARTÍCULO 17 / LEY 344 DE 1996 – ARTÍCULO 128 / LEY 1393 DE 2010 – ARTÍCULO 30 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 18 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 204 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 127 / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTÍCULO 128

CONDENA EN COSTAS – Improcedencia por falta de prueba de su causación

No se condenará en costas, por no obrar prueba de su causación en esta instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00811-01(24085)

Actor: ALMACENES ÉXITO S.A.

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP

FALLO

Procede la Sección Cuarta a decidir el recurso de apelación presentado por la empresa demandante contra la sentencia del 12 de julio de 2018 proferida por la Sección Cuarta - Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió:

"PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas".

ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la empresa Almacenes Éxito S.A., solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDO 619 del 29 de abril de 2014 contentiva de la liquidación oficial practicada y proferida por la entidad demandada por las supuestas mora e inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de aportes al sistema de protección social en pensiones.

2. Se declare la nulidad de la Resolución No. RDC 463 del 24 de octubre de 2014 mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la entidad demandada contra el acto administrativo al que se alude en el numeral 1º del presente acápite (**sic**) en los siguientes puntos.

3. Se ordene a la entidad demandada abstenerse de persistir en la gestión de cobro, extraprocesal o coactivo, de suma alguna de dinero por los rubros a los que se refieren los actos administrativos demandados como quiera que las obligaciones cuyo recaudo pretende la parte pasiva son y han sido inexistentes.

4. Se condene a la demandada a reconocer intereses moratorios a la máxima tasa legalmente admitida conforme certificación emitida por la Superintendencia Financiera, liquidados mes a mes y pasados cinco (5) días desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso y hasta la fecha efectiva de pago, sobre el monto de las condenas que se reclaman".

1.2. Hechos relevantes

1.2.1. El 31 de diciembre de 2013 la Subdirección de Determinación de Obligaciones de la UGPP profirió el requerimiento para declarar y/o corregir No. 825, por el periodo julio de 2011 a junio de 2012. Requerimiento al que dio respuesta la sociedad demandante

1.2.2. Mediante la Resolución No. RDO 619 del 29 de abril de 2014, esa misma Subdirección profirió la Liquidación Oficial a la empresa demandante por omisión, mora e inexactitud en las autoliquidaciones y pagos de aportes al Sistema General de Pensiones, periodos julio de 2011 a junio de 2012, por la suma de \$689.587.100

1.2.3. La empresa interpuso recurso de reconsideración, y mediante la Resolución Nro. RDC 463 del 24 de octubre de 2014 el Director de parafiscales de la UGPP resolvió el recurso, en el que aceptó parcialmente los argumentos, y modificó el monto liquidado a \$673.395.787. Acto que se notificó el 14 de julio de la misma anualidad.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Invoca como violadas, las siguientes normas: artículos 29 de la Constitución Política; 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo; 703 del Estatuto Tributario; 30 de la Ley 1393 de 2010; 17 de la Ley 21 de 1982; 70 del Decreto 806 de 1998; 180 de la Ley 1607 de 2012; 18 y 204 de la Ley 100 de 1993.

El concepto de violación, en síntesis, lo expone en los siguientes términos:

1.3.1. Que la UGPP no tenía competencia para hacer seguimiento, adelantar investigaciones o proferir requerimiento y liquidaciones oficiales frente a los subsistemas de la protección social de salud, pensiones y riesgos laborales para los periodos julio de 2011 a junio de 2012

1.3.2. Asegura que se le vulnera su debido proceso, porque en los actos cuestionados no se indicó en forma clara y precisa las irregularidades cometidas por la empresa, ya que solo hizo una enunciación general de los hallazgos sin definir en forma específica como se determinaron

los mayores valores que supuestamente se adeudan. Que en los CD remitidos por la UGPP, no existe claridad de las partidas que por cada trabajador fundamentan los mayores valores que supuestamente debe la sociedad.

1.3.3. Afirma que los actos demandados tienen falsa motivación, porque para los aportes al subsistema de protección social en pensiones, tomó como base de cotización pagos que por su naturaleza no son retributivos del servicio o que recibe el trabajador por mera liberalidad del empleador.

Refiere que pagos por concepto de bonificaciones, gastos de traslado, auxilio escolar o educativo, bono de retiro, afirma no constituyen salario, habida cuenta que obedecen a beneficios extralegales que la empresa de manera libre y voluntaria les concede a sus trabajadores independientemente del servicio que prestan.

Que la empresa incluyó dentro del IBC para efectos de realizar aportes parafiscales los pagos efectuados por concepto de vacaciones teniendo en cuenta el último salario base de cotización, que es lo legal, pero no el último ingreso base de cotización, como lo hizo la UGPP.

Por esto anota, que la empresa cumplió con la obligación de realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones de todos los trabajadores en vacaciones, teniendo en cuenta el último salario base de cotización.

Respecto de los trabajadores que reunieron los requisitos para acceder a la pensión o los que se encuentran pensionados, el empleador no está obligado a cotizar al sistema pensional, motivo por el cual considera que el cobro hecho por la UGPP carece de sustento legal.

Así mismo, dice que no existe obligación de aportar a pensión en el caso de los aprendices, pero que la UGPP hizo ajustes por ese concepto.

Finalmente, que la UGPP incurre en error porque en el cálculo del IBC en la modalidad de salario integral, considera que no puede ser inferior a 10 smmlv, extralimitando sus facultades fiscalizadoras, toda vez que los aportes se deben realizar sobre el 70% de la totalidad de ese salario.

2. Oposición

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda.

Expuso que ha actuado dentro del marco de sus competencias. Que para la fecha en que emitió los actos administrativos demandados, ya existían las normas que facultaban a la entidad para adelantar su actuación, que dejaron a su cargo las tareas de seguimiento, colaboración y determinación adecuada, completa y oportuna, la liquidación y el pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, como también para adelantar acciones de determinación y cobro.

Anotó que la UGPP concedió a la demandante la oportunidad para ejercer su defensa; además, fundamentó todas y cada una de sus decisiones con el acervo probatorio obrante y actuó dentro del marco jurídico pre establecido. Circunstancias que se evidencian en los escritos y en las pruebas aportadas, a través de los cuales la empresa actora se pronunció sobre los hallazgos evidenciados en el proceso de determinación de los aportes de la sociedad demandante.

Que contrario a lo afirmado por la demandante, el contenido de los actos administrativos junto con los anexos detallados en formato Excel, exponen de manera precisa las diferencias entre la liquidación efectuada por la UGPP para cada trabajador y para cada periodo fiscalizado, frente a las liquidaciones y pagos efectuados por Almacenes Éxito S.A., por tanto, los actos se encuentran debidamente motivados.

Frente a los aprendices del SENA, dijo que la demandante no logró demostrar que los contratos de aprendizaje hayan sido prorrogados o modificados y, por el contrario, se estableció su terminación en el período del ajuste, motivo por el cual las cotizaciones a pensión sí son procedentes.

Manifestó que la demandante no aportó las pruebas pertinentes que permitieran validar la condición de pensionados, tales como las resoluciones de reconocimiento y el pago de pensión de vejez, para proceder a la desaparición del ajuste.

Anotó que por mandato legal, los pagos laborales que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración de los trabajadores, no obstante no hacer parte de la base para otros efectos, sí hacen parte de la base de cotización al Sistema Integral de Seguridad Social, conforme lo dispone el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. Y en este caso, la parte actora no liquidó ni pagó en debida forma los aportes, toda vez que no tuvo en cuenta el límite del 40% de los pagos no constitutivos de salario, lo que generó la inexactitud que dio lugar al ajuste.

En cuanto, al cálculo de la base para liquidar los aportes en salarios integrales, señala que debe ser el 70% del salario pactado como integral por los extremos de la relación laboral, "pero como sus pagos no salariales son tan altos este superaba la aplicación de la Ley 1393 y se toma el tope de los 25 SMLMV".

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 12 de julio de 2018, la Sección Cuarta-Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, y no condenó en costas, por no estar demostradas.

3.1. Que para los periodos objeto de controversia, la UGPP tenía atribuida competencia funcional para adelantar trámite de fiscalización y determinación de las obligaciones y el cumplimiento de aportes en todos los subsistemas que conforman al sistema de la protección social.

En los actos acusados y sus anexos en Excel, la entidad explicó las razones que configuraron la omisión, la mora y la inexactitud, y los ajustes efectuados frente a cada trabajador, sin que se advierta ausencia de claridad. Además, resaltó que de la revisión del expediente se desprende que a la sociedad demandante se le garantizó el debido proceso, no solo porque la prueba documental aportada fue debidamente valorada, sino que se le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción.

En particular, precisó que el procedimiento de determinación oficial de las contribuciones parafiscales de la protección social tiene una regulación especial, por lo que, contrario a lo alegado por la actora, no resulta aplicable el procedimiento previsto en el artículo 47 del CPACA.

3.2. Luego de hacer una exposición normativa relacionada con los aportes al Sistema de la

Protección Social, los subsistemas que lo conforman, y el ingreso base de liquidación, concluyó que:

3.2.1. No hacen parte de la base de cotización los pagos que por concepto de bonificaciones e incentivos que por mera liberalidad recibieron los trabajadores del empleador, o lo que fue pactado entre ellos como no salarial, pero, en virtud del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, para efectos de aportes al subsistema de pensiones, los pagos no constitutivos de salario que excedan el 40% de la remuneración total sí hacen parte del IBC.

Motivo por la cual, dijo que le asiste razón a la UGPP en haber mantenido el ajuste en el IBC para pensión, respecto de los pagos no salariales que excedieron ese porcentaje.

3.2.2. Del artículo 70 del Decreto 806 de 1998, se deriva que durante las vacaciones las cotizaciones al sistema pensional se causará en su totalidad y el pago se efectúa sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la que el trabajador hubiere iniciado su disfrute.

Que inicialmente la UGPP realizó una liquidación contraria a esa norma, sin embargo, al resolver el recurso de reconsideración corrigió su posición y disminuyó el valor del ajuste. No obstante, lo mantuvo respecto de trabajadores a quienes los pagos no constitutivos de salario excedieron el 40% del total de la remuneración.

3.2.3. En cuanto a pagos de aportes de pensionados, recordó que el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art.4º de la Ley 797 de 2003, establece la obligatoriedad de realizar cotizaciones al sistema pensional mientras subsista la relación laboral, pese a que dispone que cesa esa obligación al momento en que el afiliado reúna los requisitos para obtener la pensión mínima de vejez.

Que como la demandante no había aportado prueba idónea[1], la UGPP, en aras de garantizar el debido proceso, le solicitó copia de las resoluciones de pensión o certificación del Fondo de Pensiones, documentación que no fue allegada.

Por tanto, agregó, la actora no probó en sede administrativa ni en sede judicial, qué trabajadores habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión, en razón a que no obran las resoluciones de su reconocimiento o los comprobantes del pago de las mesadas pensionales que expresamente así lo señale.

3.2.4. Respecto del contrato de aprendizaje, luego de citar las normas relacionadas con ese tipo de vinculación, señaló que durante su vigencia no existe obligación de hacer aportes a pensión.

Que pese a que el aportante dijo que los ajustes no eran procedentes por tratarse de contratos de aprendizaje y no de contratos laborales, la UGPP logró demostrar que los contratos de aprendizaje datan de fecha anterior al periodo fiscalizado, pues, no acreditó su existencia o su modificación, que permitieran establecer su prórroga en el periodo fiscalizado.

3.2.5. En el caso de trabajadores con salario integral, la base para liquidar aportes parafiscales y de seguridad social no es otra que el 70% ese salario, sin importar que el ingreso base de cotización resulte inferior a 10 smmlv.

No obstante, dijo que por disposición del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en el caso de aportes a pensiones, hace parte del ingreso base de cotización los pagos no constitutivos de

salario que excedan el 40% de la remuneración total.

Que una vez revisado el expediente, encontró que la UGPP acertadamente liquidó los aportes al sistema de seguridad social en pensión sobre el 70% del salario integral de los trabajadores sujetos a dicha modalidad remuneratoria, teniendo en cuenta el límite del 40% sobre los pagos no constitutivos de salario.

4. Recurso de apelación

La sociedad demandante apeló el fallo del Tribunal, para que sea revocado y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda. En resumen, plantea:

i) Que "las bonificaciones de retiro y cualquier otra que cumpliera con las condiciones de mera liberalidad y ocasionalidad no son consideradas base de aportes al Sistema de Seguridad Social aun en el caso de que excedan del 40% de la remuneración total, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010", ni lo que se le paga al trabajador para el cumplimiento de sus funciones.

En su criterio, para la aplicación de ese artículo, solo se tiene en cuenta lo que el empleador y trabajador pacten como no salarial, e incluso afirma que el artículo 128 del C.S.T., y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, no exigen acuerdo entre las partes a efectos de establecer la naturaleza no salarial de los auxilios y/o beneficios que se reconocen ocasional o habitualmente al trabajador.

ii) Reitera lo concerniente a los aportes a la seguridad social en caso de novedad de trabajadores en vacaciones, pues, considera que existió por parte de la UGPP una interpretación errada del artículo 70 del Decreto 806 de 1998.

iii) Que es equivocada la conclusión "respecto de los trabajadores que cumplieron con los requisitos para acceder a la pensión", porque no se aplicó debidamente el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, dado que existe prueba en el proceso, que no fue tachada de falsa, de la que se obtiene certeza del cumplimiento del supuesto exigido en esa norma para el cese de la obligación de cotizar a pensión.

5. Alegatos de conclusión de segunda instancia

5.1. La parte demandante, reitera lo señalado en la apelación.

5.2. La entidad demandada, solicitó confirmar el fallo apelado.

5.3. El Ministerio Público, rindió concepto en el que solicita revocar el fallo apelado en cuanto al ajuste de aporte al sistema general de pensiones efectuado en los actos demandados, periodos julio de 2011 a junio de 2012, excluyendo los pagos efectuados de trabajadores respecto de los cuales se acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión mínima de jubilación, y confirmarla en lo demás.

Que si bien es cierto, durante el proceso administrativo la UGPP exigió la prueba y el demandante no la aportó, no es menos cierto que con la demanda -en un CD-, se encuentran resoluciones de reconocimiento de pensión a Rodrigo de Jesús Giraldo Gaviria, Iván de Jesús Arredondo, Luz Elena Grisales Serna, María Esperanza Rojas López, Flor Enith Chavarriaga

Castrillón y Rodrigo de Jesús Moreno Arenas, de las que se obtiene certeza de que cumplieron los requisitos para gozar de su pensión.

Cosa diferente, es el caso de trabajadores de los que solo se encuentra la solicitud al empleador de la suspensión de los aportes a pensión, sin que se pueda acreditar en debida forma el cumplimiento de las condiciones para suspender los aportes.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar o revocar la sentencia apelada.

Con ese fin, deberá la Sala establecer si, como lo sostiene la apelante, en lo que se refiere a los ajustes de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones periodo julio de 2011 a junio de 2012, i) existió una aplicación indebida del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, ii) se aplicó incorrectamente el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, en caso del IBC de trabajadores con novedad de las vacaciones; y iii) si resulta contrario al inciso segundo del artículo 4º de la Ley 797 de 2003, que se haya exigido seguir cotizando a pensión respecto de trabajadores que está probado cumplían los requisitos para pensionarse.

2. La decisión

2.1. La Sala no comparte la argumentación de la apelante con relación al alcance del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. En efecto:

2.1.1. Conforme el artículo 128 del C.S.T., no constituyen salario a) los pagos que recibe el trabajador ocasionalmente y por mera liberalidad de su empleador, b) lo que recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, c) las prestaciones sociales y d) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Entre tanto, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, dice que por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 ídem, 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 a la seguridad social establecida en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, lo que recibe el trabajador de su empleador de manera ocasional por mera liberalidad de éste, y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte o elementos de trabajo, no se consideran salario.

Tampoco los reconocimientos otorgados en forma extralegal o convencional, respecto de los que se haya acordado que no constituyen salario.

2.1.2. Por eso, no es válido afirmar -como lo hace el actor- que el artículo 128 del C.S.T., no exige acuerdo de las partes, para no considerar salario los auxilios y/o beneficios ocasionales o habituales acordados convencional u otorgados en forma extralegal.

Tampoco lo es, asumir que lo que recibe el trabajador de manera ocasional o por mera liberalidad del su empleador, o para desempeñar a cabalidad sus funciones, "no se debe

considerar base de aportes al Sistema de Seguridad Social aun en el caso de que excedan del 40% de la remuneración total, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010".

2.1.3. En el acto de liquidación oficial No. RDO 619 del 29 de abril de 2014[2], la UGPP relacionó primas, bonificaciones, auxilios y beneficios que pagó Almacenes éxito S.A., en virtud de Convención Colectiva de Trabajo, tales como prima de retiro, prima de aguinaldo, beneficio de matrimonio, auxilio por antigüedad, auxilio escolar, entre otros.

Respecto de esos reconocimientos, en la misma Convención se pactó que no constituían salario para ningún efecto. Lo que aceptó la UGPP, esto es, que no se asumen como salario por así estar pactado.

Igualmente, la UGPP relacionó otros reconocimientos que no constituyen salario, toda vez que los hizo la empresa a sus trabajadores por mera liberalidad o para el cumplimiento de sus labores, como el incentivo de productividad, bono alimentación, descuento consumo cafetería o el auxilio de movilización.

2.1.4. De ahí que es contrario al entendimiento del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, decir que lo que no es constitutivo de salario no debe tenerse en cuenta para efectos del IBC, cuando la norma expresamente dice que solo para efectos de salud y pensiones debe tenerse en cuenta todo aquel factor que no constituye salario, que supere el 40% de la remuneración total del trabajador.

2.1.5. La norma busca precisamente limitar o fijar como tope máximo para efectos de depurar el IBC el 40% de la remuneración total, como se infiere del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 que explícitamente dispuso que únicamente para efectos de la cotización a pensión y salud de que tratan los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, "los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadoras particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración".

Significa que los pagos que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración, sí deben incluirse en el Ingreso base de Cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, aunque no en la base de cotización de aportes parafiscales Sena, ICBF, Cajas de Compensación y Subsidio Familiar.

2.1.6. En el caso concreto, la UGPP constató que para los periodos objeto de controversia, la empresa demandante hizo pagos que no constituyen salario que excedieron el 40% del total de la remuneración, y no los había tenido en cuenta en el IBC para el pago de aportes. Lo que comportó el respectivo ajuste en la cotización al Sistema General de Seguridad Social.

Motivos por los que, al igual que lo resolvió el Tribunal, no prospera este cargo.

2.2. En lo que atañe a la aplicación del artículo 70 del Decreto 806 de 1998, tal y como lo estableció el Tribunal, el error en que había incurrido la entidad demandada, fue corregido al momento de resolverse el recurso de reconsideración.

En efecto, al revisar la Resolución RDC 463 del 24 de octubre de 2014[3], a través de la cual el Director de Parafiscales de la UGPP decidió el recurso de reconsideración, éste advirtió que en la liquidación Oficial la Subdirección de Obligaciones había hecho una interpretación errada de la referida norma, al tomar como factor para calcular el aporte para pensión, el valor de las

vacaciones.

Razón por la cual procedió a corregirlo, toda vez que conforme a ese artículo, el pago del aporte se efectúa sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones. Lo que originó una sustancial reducción en los ajustes por ese concepto.

Por eso, como lo determinó el Tribunal, se desestima este cargo.

2.3. Frente a la aplicación de lo dispuesto el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, considera la Sala que le asiste razón a la apelante, en los términos que lo indicó el Ministerio Público en su concepto.

Esto, por lo siguiente:

2.3.1. Dice el artículo 4° de la Ley 797 de 2003:

"ARTÍCULO 4. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes".

Mediante sentencia C-529 de 2010, la Corte Constitucional declaró exequible los apartes subrayados.

Consideró la Corte que desde el punto de vista del principio de solidaridad no se vulnera la Constitución, en la medida en que la exención que crea el inciso segundo es a favor de personas que ya cumplieron con sus deberes hacia el sistema, para acceder a la pensión mínima de vejez. Pero que esa cesación de cotizar no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales.

En cuanto a su alcance, dijo que "la obligación de cotizar al sistema cesa cuando se cumplen los requisitos para acceder a la pensión, y esa regla de extinción de la obligación no se altera por el hecho de que continúe una relación laboral", y aplica tanto para el régimen de prima media con prestación definida, como para el de ahorro individual con solidaridad, atendiendo las particularidades de cada régimen.

No obstante, la Corte hizo las siguientes precisiones:

i) Que por virtud de lo dispuesto en inciso tercero, el afiliado que reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede seguir cotizando al sistema, voluntariamente. Lo que genera una obligación concomitante para su empleador.

ii) Que si es el empleador el que opta por continuar las cotizaciones, no obstante la concurrencia de los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, también esa decisión voluntaria es

vinculante para el afiliado.

iii) Que de no ser así, dijo la Corte, devendría en inocuo lo consagrado en el inciso tercero de la norma, y se violaría, en tal caso, el principio de solidaridad.

Significa lo anterior, que la solicitud que hace el trabajador para no continuar cotizando una vez reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima, es viable siempre y cuando exista aceptación de parte de su empleador, como acontece en el caso que nos ocupa.

2.3.2. La empresa demandante sí allegó al proceso pruebas conducentes y pertinentes que acreditan el cumplimiento de algunos trabajadores de los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, lo que comporta que los ajustes al sistema pensional de esos trabajadores deban desaparecer.

En sede administrativa, la demandante no adjuntó la prueba que en su momento solicitó la UGPP mediante Auto No. ADC 576 del 29 de abril de 2014, respecto de la copia de las resoluciones de reconocimiento pensional o certificación del Fondo de Pensiones, para determinar qué trabajadores cumplían con los requisitos para acceder a la pensión.

Sin embargo, en CD que aportó la empresa actora con su demanda, que se ve a fl.134, obran copias de seis (6) resoluciones proferidas por el Instituto de Seguros Sociales y/o Colpensiones, a través de las cuales se ordenó reconocer pensión de vejez a los señores Rodrigo de Jesús Giraldo Gaviria, Iván de Jesús Arredondo, Luz Elena Grisales Serna, María Esperanza Rojas López, Flor Enith Chavarriaga Castrillón y Rodrigo de Jesús Moreno Arenas.

De esas resoluciones queda demostrado, que para el periodo objeto de controversia, cada uno de ellos tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, lo que daba lugar a suspender aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Este cargo prospera.

2.4. En consecuencia, se revocará parcialmente el fallo apelado, respecto del cargo relacionado con los ajustes de aportes para pensión de trabajadores que para los periodos objeto de controversia cumplían requisitos para acceder a pensión mínima de vejez, y se confirmará en lo demás.

Resultado de lo anterior, se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, únicamente en lo que se refiere a los ajustes de aportes para pensión, periodo julio de 2011 a junio de 2012, respecto de los señores Rodrigo de Jesús Giraldo Gaviria, Iván de Jesús Arredondo, Luz Elena Grisales Serna, María Esperanza Rojas López, Flor Enith Chavarriaga Castrillón y Rodrigo de Jesús Moreno Arenas.

Por tanto, a título de restablecimiento del derecho, la sociedad Almacenes Éxito S.A., no estará obligada a pagar las sumas de dinero de ajustes por aportes a pensión por ese concepto, y en caso de haberlo hecho, deberán serle restituidas.

3. No se condenará en costas, por no obrar prueba de su causación en esta instancia.

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

FALLA

1. Revocar parcialmente el fallo apelado, en cuanto al cargo relacionado con los ajustes de aportes para pensión de trabajadores que para los periodos objeto de controversia cumplían requisitos para acceder a pensión mínima de vejez, y se confirma en lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. En consecuencia, se declara la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, únicamente en lo que se refiere a los ajustes de aportes para pensión, periodo julio de 2011 a junio de 2012, respecto de los señores Rodrigo de Jesús Giraldo Gaviria, Iván de Jesús Arredondo, Luz Elena Grisales Serna, María Esperanza Rojas López, Flor Enith Chavarriaga Castrillón y Rodrigo de Jesús Moreno Arenas, conforme la parte considerativa de esta providencia.
3. Resultado de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, la sociedad Almacenes Éxito S.A, no está obligada a pagar las sumas de dinero de los ajustes por ese concepto, y en caso de haberlo hecho, deben serle restituidas.
4. Sin condena en costas en esta instancia.
5. Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez se halle en firme esta decisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

[1] Afirma el Tribunal que la empresa había aportado cartas de trabajadores o correos electrónicos en las que manifiestan que cumplían requisitos para acceder a la pensión, así como algunas resoluciones de reconocimiento sin la parte resolutive.

[2] Ver fls.70 y 71 de la liquidación oficial.

[3] Ver frente y reverso fl.127.



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)

