

CONCEPTO 894 DE 2007

(febrero 6)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

MEMORANDO

Para: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De: Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

Asunto: Vinculación de Aprendices en Empresas de Servicios Públicos – Auxilio de Transporte base liquidación parafiscales.

En atención a su memorando No. 8080-4624 del 29 de diciembre de 2006, radicado en la Dirección General con el No. 000531 del 9 de enero de 2007, que fue trasladado por la Dirección de Promoción y Relaciones Corporativas a ésta dependencia, mediante comunicación No. 00568 del 15 de enero de similar año, en donde solicita se emita concepto que determine la obligatoriedad o no de la vinculación de aprendices por parte de las empresas de servicios públicos de carácter oficial, y la inclusión del auxilio de transporte en la base de liquidación de aportes parafiscales en el sector público, se precisa:

Contratación de Aprendices en Empresas de Servicios Públicos

El artículo [32](#) de la Ley 789 de 2002, por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, dispone:

“ARTÍCULO [32](#). Empresas obligadas a la vinculación de aprendices. Las empresas privadas, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, que realicen cualquier tipo de actividad económica diferente de la construcción, que ocupen un número de trabajadores no inferior a quince (15), se encuentran obligadas a vincular aprendices para los oficios u ocupaciones que requieran formación académica o profesional metódica y completa en la actividad económica que desempeñan.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las de Economía mixta del orden Nacional, departamental, distrital y municipal, estarán obligadas a la vinculación de aprendices en los términos de esta ley. Las demás entidades públicas no estarán sometidas a la cuota de aprendizaje, salvo en los casos que determine el Gobierno Nacional.

El empresario obligado a cumplir con la cuota de aprendizaje podrá tener practicantes universitarios bajo la modalidad de relación de aprendizaje, en el desarrollo de actividades propias de la empresa, siempre y cuando estos no superen el 25% del total de aprendices”.  
(Subrayado fuera de texto)

Parágrafo. Empresas de menos de diez (10) trabajadores podrán voluntariamente tener un aprendiz de formación del SENA.

A su turno el artículo [84](#) de la Ley 489 de 1998 define a las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos, como:

“ARTICULO [84](#). EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PUBLICOS. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley [142](#) de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo enunciado en el artículo [365](#) de la Constitución Política, y en concordancia con lo que antecede, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas, o por particulares y estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

En ejecución de tal precepto, la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, enuncio en su artículo [17](#):

“ARTÍCULO [17](#). NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo [352](#) de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Las empresas oficiales de servicios públicos deberán, al finalizar el ejercicio fiscal, constituir reservas para rehabilitación, expansión y reposición de los sistemas”. (Resaltado fuera de texto).

Se tiene entonces, que las empresas de servicios públicos pueden ostentar la calidad de privadas, en el evento en que las acciones de las que esta conformado su patrimonio sean en su totalidad de particulares (personas naturales o jurídicas), mixtas cuando existe participación accionaría tanto de particulares como de entidades públicas y oficiales, cuando la totalidad del capital es de entidades públicas.

Los elementos configurativos de la sociedad de economía mixta conforme al desarrollo legal de los mandatos constitucionales:

1. Creación o autorización legal;
2. Carácter de sociedades comerciales;
3. Su objeto sociedad es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales;
4. Sujeción a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley;
5. Capital integrado por aportes del Estado y de particulares;

6. Vinculación a la administración como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.

La participación accionaria del Estado determina la naturaleza de sociedad de economía mixta, que para el caso especial de las empresas de servicios públicos, son sometidas en forma expresa al régimen que es contemplado en la Ley [142](#) de 1994.

Ahora bien, en forma independiente de si la mayoría de acciones pertenecen a entidades del sector público o privado, tal y como se aduce en la norma en comento, se debe tener en cuenta que tal participación, incluye a esta clase de empresas a las personas jurídicas obligadas a vincular aprendices en el sector público, tal y como se aduce en el aparte resaltado del artículo [32](#) de la Ley 789 de 2002.

En este orden de ideas, se tiene que las empresas de servicios públicos organizadas como sociedades por acciones de economía mixta, tendrán que vincular aprendices en los términos y condiciones enunciados en la ley [789](#) de 2002, y sus normas reglamentarias.

En el caso que nos ocupa, el capital de la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto EMPOPASTO S.A. E.S.P., tal y como se aduce en la Escritura Pública No. 1146 del 13 de marzo de 2006, esta constituido en un 99.48.3868% por dineros públicos (Municipio de Pasto e Instituto Departamental de Salud) siendo el porcentaje restante de origen privado. Por lo anterior, la empresa enunciada es una sociedad por acciones de economía mixta, que tal y como se aduce en el ya antes reseñado artículo [32](#), esta obligada a cumplir con la cuota de vinculación de aprendices.

Auxilio de transporte en la base de liquidación de aportes parafiscales.

La Dirección Jurídica emitió concepto con número de radicación [037054](#) de fecha 28 de septiembre de 2006, relativo a la no inclusión del auxilio de transporte en la base de liquidación de aportes parafiscales en el sector público.

En dicha ocasión y previo análisis se determinó:

De conformidad con lo descrito en el artículo [17](#) de la Ley 21 de 1982, para efectos de la liquidación de aportes parafiscales al SENA se tendrá como 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.”

El salario no solo es constituido por la remuneración ordinaria, fija o variable, sino por todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación por el servicio prestado, independientemente de la forma en que dicha retribución sea nominada<sup>(1)</sup>.

El Consejo de Estado, en pronunciamiento No. 923 de fecha 27 de noviembre de 1996, con ponencia del Consejero Cesar Hoyos Salazar, estableció que en el régimen de empleados públicos, de manera general el criterio adoptado es el de que los pagos retributivos del servicio deben tener el carácter de habitual para que constituyan salario, exceptuando de dicha naturaleza, los pagos que sean ocasionales o los que sean pagados por mera liberalidad.

Pues bien, el elemento que caracteriza un pago que constituye salario, en forma independiente a la denominación legal o convencional que se le haya atribuido al mismo, es que éste sea entregado al empleado como pago del servicio que efectivamente se ha prestado, y no como garantía de la debida ejecución de lo contratado.

En palabras del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>(2)</sup>, para que un pago constituya salario, se debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que exista una relación laboral;
2. Que la suma recibida corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador no sólo por prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero;
3. Que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador y que, además, no sea habitual, y
4. Que constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que éste recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador (C.S. de J., S. de C.L., sentencias de 7 de abril de 1994 y 21 de abril de 1995, y C. de E., sección cuarta, sentencia de 13 de octubre de 1989).

En el mismo pronunciamiento, el citado Tribunal hace relación a los parámetros que se deben tener en cuenta, para considerar que un pago no es elemento constitutivo de salario, clasificándolos de la siguiente manera:

- a. Las prestaciones sociales a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en sus títulos VIII y IX, tales como, por ejemplo, el auxilio de cesantía, el auxilio monetario por enfermedad no profesional, la pensión de jubilación; entre estas prestaciones se incluye además, el calzado y el vestido de labor que el empleador debe suministrar al trabajador, teniendo en cuenta el monto de su remuneración (artículos [220](#) a [223](#), derogados por la ley 3. de 1969).
- b. Lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio o enriquecimiento personal sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, llámense gastos de representación, auxilio de transporte, elementos de trabajo, auxilio de alimentación, etcétera;
- c. Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, convencionales o contractuales u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes disponen expresamente que no tendrán carácter salarial, tales como las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad;
- d. Las sumas que ocasionalmente o por mera liberalidad se cancelan al trabajador, como gratificaciones o bonificaciones ocasionales;
- e. Los pagos o suministros en especie (verbigracia, alimentación, calzado o vestuario) siempre que las partes acuerden expresamente que no constituyen salario, sin perjuicio de lo previsto para el salario mínimo legal, y
- f. Los pagos laborales que por disposición expresa de la ley no tienen carácter salarial, tales como el subsidio familiar, la participación en utilidades, las propinas, o las indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo. (Resaltado fuera de texto)

Con similar criterio de interpretación al adoptado por el Alto Tribunal, la Corte Constitucional

en Sentencia C-710 del 9 de diciembre de 1996, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo [128](#) del Código Sustantivo del Trabajo, Subrogado por el artículo [15](#) de la ley 50 de 1990, y referente a los pagos que no constituyen salario, enunció:

“En esta materia, es necesario recordar que la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, tal como lo establece el artículo [53](#) de la Constitución, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”.

Se concluye de los pronunciamientos expuestos, que una erogación decretada a favor de un trabajador constituirá factor salarial, cuando además de ser habitual y periódica, se conciba como el pago al servicio que es recibido por el empleador, del que devenga ganancia para el trabajador y no tenga como único fin, la debida ejecución de la labor contratada. Es así que quien esta llamado a interpretar la normatividad aplicable a estos preceptos, deberá diferenciar dicha condición, con el objeto de que se tome o no un pago como factor integrante de salario; de igual manera, este análisis deberá ser llevado a cabo, en forma independiente a la denominación que entre las partes contratantes se haya impuesto al desembolso.

Siendo claras las características de los pagos que constituyen salario, pasamos a establecer la naturaleza del auxilio de transporte, con el objeto de especificar si puede o no ser tomado como factor salarial y por ende como parte de la base de liquidación de aportes parafiscales en el sector público.

El auxilio de transporte tiene origen legal en lo dispuesto en la Ley 15 de abril 30 de 1959, “Por la cual se da el mandato al Estado para intervenir en la Industria del transporte, se decreta el auxilio patronal del transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 2o enuncia:

“Establece a cargo de los patronos en los Municipios donde las condiciones de transporte así lo requieran, a juicio del Gobierno, el pago de transporte desde el sector de sus residencias hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos. (\$ 1.500.00) mensuales. El Gobierno podrá decretar en relación con este juicio las exoneraciones totales o parciales que considere convenientes, así como también podrán graduar su pago por escala de salarios, o numero de trabajadores, o monto del patrimonio del respectivo taller, negocio o empresa. PARAGRAFO. El valor del subsidio que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagará exclusivamente por los días trabajados” (Resaltado fuera de texto).

Por expresa disposición legal y desde el momento mismo de su creación, el auxilio de transporte no puede ser tomado como parte integrante del salario, condición cuyo alcance fue precisado, mediante la expedición y posterior entrada en vigencia de la Ley 1 de 1963<sup>(3)</sup> “Por la cual se dictan normas sobre reajustes de salarios, se conceden unas autorizaciones al Gobierno y se dictan otras disposiciones”, cuando en su artículo 7o determinó que “Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la Ley”<sup>(4)</sup>.

Ahora bien, el Decreto 1258 del 30 de abril de 1959, reglamentario de la citada Ley 15 de 1959, sobre el particular del auxilio de transporte, determinó:

“Artículo 1o. Para efectos de lo dispuesto en la Ley 15 de 1959, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

a. Se entiende por “auxilio de transporte”, la cuota que entregarán a los trabajadores sus respectivos patronos en los municipios que determine el gobierno.

(...)

Artículo 3o. El auxilio de transporte se pagará en todo caso de acuerdo con la tarifa regular más baja que rija para los vehículos colectivos del servicio público urbano en la ciudad donde el trabajador resida o preste sus servicios.

Artículo 4o. Exclusivamente tendrán derecho a este auxilio los trabajadores que residan a una distancia de mil (1000) metros o más del lugar de trabajo”.

Con posterioridad, y en virtud de lo estipulado en la Ley 5 de 1978, se le otorgó al Presidente de la República, facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal, en virtud de las cuales se expidieron el Decreto 1042 de 1978 y 1045 de similar año.

El decreto 1042 de 1978, en su artículo 42 estipula: “De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b. Los gastos de representación.
- c. La prima técnica.
- d. El auxilio de transporte.
- e. El auxilio de alimentación.
- f. La prima de servicio.
- g. La bonificación por servicios prestados.
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión”.

Si bien la expresión utilizada en la mencionada norma, hace relación a la generalidad de elementos integrantes del salario, debe entenderse que en el caso particular y concreto del auxilio de transporte, dicha condición solo puede predicarse para efectos de liquidación de prestaciones sociales, por cuanto así lo dispuso la ley de creación del auxilio, así como la norma que precisó su alcance.

Es necesario llamar la atención en éste punto del estudio, que las facultades otorgadas al Presidente de la República, no pueden exceder lo inicialmente dispuesto en la ley, concretándose para éste caso en la revisión y modificación del sistema de nomenclatura de empleos públicos, sin que esto se traduzcan en la posibilidad de cambiar la naturaleza y alcance que legalmente fue impuesto al subsidio de transporte, por lo cual su introducción en el referido artículo, debe entenderse dentro de los parámetros que inicialmente le otorgó el legislador, lo que se traduce en su real y legal aplicación.

Lo anterior es avalado en el articulado del Decreto 1045 de 1978, expedido de igual manera por el Presidente de la República, y concerniente a la fijación de reglas generales para la aplicación de normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores del sector nacional, por cuanto se toma al auxilio de transporte como factor constitutivo de la base de liquidación de prestaciones tales como vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías y pensiones.

Así las cosas se entiende que el auxilio de transporte como elemento integrante del salario para el sector público, en observancia de lo dispuesto en las leyes 15 de 1959 y 1o de 1963, solo deberá tenerse en cuenta para liquidación de prestaciones sociales, restringiendo de ésta forma su aplicación para obligaciones o acreencias diferentes, tanto del empleador para con el trabajador, como del primero para con el Estado, situación que es ajustable al pago de aportes parafiscales.

En concordancia con lo planteado en el inicio de éste estudio, se tiene que ni formalmente ni materialmente el auxilio de transporte puede ser tomado como factor integrante de salario, para efectos diferentes a los prestacionales. Formalmente, por cuanto la normatividad que le es aplicable, circunscribe su integralidad a la base salarial, para un único fin, la liquidación de las derechos de índole prestacional de los empleados, y materialmente, en el entendido que éste es reconocido a nombre del trabajador, no como elemento constitutivo de ganancia para el mismo, o contraprestación a lo que fue laborado a favor del empleador, sino como un medio que garantiza la ejecución y por ende efectividad del servicio contratado, ya que permite el desplazamiento de quien labora hasta el sitio en donde se debe llevar a cabo el servicio por el cual percibe salario.

En este orden de ideas se reitera que la liquidación de aportes parafiscales para el sector público, no debe integrar el auxilio de transporte al salario percibido por los empleados públicos, por las razones expuestas en éste documento, y a pesar de que éste haya sido enunciado como integrante de salario en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, ya que su mención en el citado precepto legal, debe entenderse dentro de los parámetros de interpretación impuestos por las leyes 15 de 1959 y 1o de 1963, esto es, exclusivamente para la liquidación de beneficios prestacionales.

De ésta forma, la Dirección Jurídica recogió la interpretación enunciada en la Directriz Jurídica No. 34 del 15 de julio de 2005, en cuanto al tema tratado, así como lo pertinente de los diferentes pronunciamientos de ésta dependencia que la hayan tomado como soporte.

Cordialmente,

CRISTY JOHANY GARCIA CONTRERAS

NOTAS AL FINAL:

1. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente. Javier Henao Hidrón. Fecha 21 de febrero de 1997.

2. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente. Javier Henao Hidrón. Fecha 21 de febrero de 1997

3. Los preceptos consagrados en el Ley [1o](#) de 1963, se entienden aplicables al sector público como al privado, por cuanto hacen referencia a uno y otro sector a lo largo del texto normativo, a pesar de que en el artículo [7o](#) de la norma, no se haga relación a alguno en particular.

4. Sobre éste particular se pronunció la Superintendencia de Subsidio Familiar, en Carta Circular de fecha 31 de mayo de 1990, enunciando que el auxilio de transporte solo puede tomarse como elemento integrante del salario, para efectos prestacionales.



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)

