

ACUERDOS LABORALES SOBRE PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIO - Si bien fueron establecidos con la Ley 344 de 1996 en virtud del artículo 17 del C.S.T. se puede aplicar a los años 1994, 1995 y 1996 / **PRIMA EXTRALEGAL** - Al considerarse como concepto no salarial en el Pacto Colectivo debe excluirse de la base de aportes parafiscales / **APORTES AL SENA** - No debe incluir las primas extralegales si han sido consideradas como no constitutivas de salario en el Pacto Colectivo

Como se observa en la norma transcrita (art. 17 ley 344/96), la interpretación propuesta por el legislador al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificó el criterio de la Corporación antes expuesto, al señalar expresamente que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre pagos que no constituyen salario, permiten excluirlos de la base para liquidar los aportes. Siendo ello así, si bien la Ley 344 fue expedida y tiene vigencia a partir del 27 de diciembre de 1996, se entiende que en lo que atañe a la norma interpretativa (art. 17) sus efectos se remiten a la vigencia de la norma interpretada (art. 128 C.S.T.) y en consecuencia es aplicable aquella a los años 1994, 1995 y 1996 sobre los que versa la liquidación discutida. Así las cosas asiste razón el Tribunal cuando acepta con fundamento en el Pacto Colectivo, y lo dispuesto en su artículo 6°, donde se dice la prima extralegal allí establecida "...solo constituye factor salario para los trabajadores vinculados a la entidad antes del 1° de octubre de 1991. Para los trabajadores vinculados con posterioridad las partes convienen de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo que no constituye salario para ningún efecto", que los pagos efectuados por AHORRAMAS a sus trabajadores en desarrollo del citado acuerdo, no hacen parte de la base para liquidar los aportes al SENA por los años 1994, 1995 y 1996. Bajo las precedentes consideraciones y teniendo en cuenta que el Tribunal no obstante dar prosperidad al cargo omitió deducir el valor de las primas extralegales en la liquidación por el efectuada, procede la modificación de la sentencia en el sentido de deducir de la base de liquidación lo pagado por concepto de primas extralegales.

BONIFICACION OCASIONAL - No constituye salario y por tanto debe excluirse de la base de aportes / **BONIFICACION EXTRALEGAL** - Al no demostrarse su carácter ocasional debe hacer parte de la base de aportes / **APORTES AL SENA** - Incluye el valor de las bonificaciones extralegales cuando no se demuestra su carácter ocasional

Si bien es cierto que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, incluye en su parte primera las "bonificaciones" como un pago que no constituye salario, también lo es que la misma norma advierte que deben ser pagos realizados "ocasionalmente y por mera liberalidad". Adicionalmente, según el artículo 127 ib. "Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de denominación que se adopte, como primas, sobresueldos bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario...". De acuerdo con lo anterior, y al no encontrarse probado que las "bonificaciones" pagadas por la demandante a sus trabajadores tienen el carácter ocasional que exige la norma, para que puedan considerarse como no constitutivas de salario y por ende excluidas de la base de liquidación de los aportes, debe reconocerse en este aspecto la legalidad de la actuación demandada.

SALARIO INTEGRAL - No puede ser inferior a 10 salarios mínimos mensuales más el factor prestacional que no debe ser inferior al 30% de aquella cuantía / **BASE DEL SALARIO INTEGRAL PARA LIQUIDAR APORTES** - Se calcula dividiendo por 1.3 el total del salario integral incluyendo su factor prestacional / **APORTES AL SENA** - Para el Salario Integral se divide el total por 1.3

El salario integral no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional, que no puede ser inferior al 30% de dicha cuantía. En consecuencia el salario integral corresponde al 100% de sueldos, más el 30% de factor prestacional de la empresa, lo que arroja un porcentaje de 130%. Esto implica que el porcentaje del factor prestacional pactado no se entiende incorporado en el salario integral igualmente acordado. Así las cosas la proposición matemática que toma el total del salario integral reportado por la empresa como una unidad y lo divide por el 1.3 (100% factor salarial + 30% factor prestacional), permite establecer la base salarial mínima de la cual se partió para llegar al salario integral pactado, o lo que es lo mismo, a la base para liquidar los aportes, ya que el 30% que la norma ordena deducir de los aportes equivale al factor prestacional. Se tiene entonces que si en el ejemplo propuesto por el SENA que cita el recurrente, el salario integral reportado para 1994 es de \$1.383.100, aplicando la proposición matemática a que se ha hecho referencia, este se divide en 1.3. se obtiene la base salarial mínima de la cual se partió para llegar al salario integral pactado, o sea \$987.000, sobre el cual se aplica el aporte el 2%, resultando por concepto del mismo un valor de \$19.740.

REFORMATIO IN PEJUS - Considerando que hay un solo apelante no puede modificarse el valor liquidado por el a quo

No asiste entonces razón a la demandante ni al Tribunal cuando consideran que el procedimiento adoptado por el SENA para calcular el aporte sobre el salario integral es contrario a lo previsto en la precitada norma. Sin embargo, teniendo en cuenta que la demandante es única apelante y que en primera instancia se dio prosperidad al cargo formulado, es forzoso para la Sala acceder a la pretensión de modificar la sentencia recurrida, en cuanto a la determinación de los aportes liquidados sobre el salario integral. Lo anterior, en virtud del principio de la no reformatio in pejus que consagra el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y no podrá ser modificada por el superior, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con la apelación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá, D.C., Tres (3) de julio de dos mil dos (2002)

Radicación número: 25000-23-27-000-1999-0079-01(12744)

Actor: AHORRAMAS - CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

Referencia: APORTES PARAFISCALES- 1994-1995-1996

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia de junio 14 de 2001 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, parcialmente estimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada

contra la actuación administrativa en virtud de la cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA ordenó el pago de los aportes parafiscales causados a su favor por los años 1994, 1995 y 1996.

ANTECEDENTES

El Servicio Nacional de Aprendizaje, luego de efectuar visita a la CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA AHORRAMAS, produjo la liquidación adicional de aportes N° 32-086 del 15 de diciembre de 1997 por la suma de \$112.606.163, en la cual se anotaron valores que se según dicha entidad se adeudaban al SENA por los años 1994, 1995 y 1996. (fl.28)

Mediante Resolución N° 01281 del 16 de junio de 1998, se ordena a la accionante pagar los aportes determinados en la liquidación anterior, así: por el año 1994 \$5.663.373, por el año 1995 \$24.317.109 y por 1996 \$82.625.681. (fl.22)

Contra la citada resolución la actora interpuso el recurso de reposición, sobre el cual no se pronunció la entidad demandada, operando el silencio administrativo negativo conforme a lo previsto en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo.

DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Corporación actora, solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de la Resolución No. 01281 del 16 de julio de 1998 expedida por el SENA Regional Bogotá, así como del acto administrativo presunto mediante el cual operó el silencio administrativo negativo. A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que no ésta obligada al pago de las sumas adicionales determinadas en el acto acusado, y se ordene al SENA el reintegro de las sumas que por concepto de presuntos aportes adicionales haya cancelado la Corporación conforme a la resolución demandada.

Citó como normas violadas los artículos 2°, 16, 23 y 58 de la Constitución Política; 1°, 2°, 34 y 84 del Decreto 01 de 1984; 1° de la Ley 21 de 1982; 1° de la Ley 89 de 1988; 14, 15 y 18 de la Ley 50 de 1990 y 17 de la Ley 344 de 1996.

Consideró que los acusados fueron dictados en forma irregular y con falsa motivación, ya que la entidad demandada no dio validez a las pruebas aportadas ni a las normas legales y por el contrario procedió a efectuar una liquidación basada en conceptos subjetivos.

Se refirió al artículo 14 de la Ley 50 de 1990 que define los elementos del salario y el artículo 15 ib., que señala los pagos no constitutivos de salario, para concluir que el SENA justifica los cobros adicionales en factores que no corresponden a lo realmente devengado por los trabajadores, y agregó que las bonificaciones entregadas por AHORRAMAS a sus trabajadores son por mera liberalidad, y ocasionales, existiendo trabajadores que no han recibido dicho incentivo por no cumplir los requisitos exigidos.

En relación con las primas extralegales advirtió que la jurisprudencia ha sido uniforme en señalar que ellas no constituyen salario ni factor salarial, por no ser retribución directa del servicio contratado y además porque existe pacto de desalarización suscrito con los trabajadores en relación con las primas extralegales y otras acreencias, todo conforme lo previsto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, tal como consta en la cláusula segunda del contrato de trabajo.

Manifestó que se desconoció lo previsto en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, norma con fundamento en la cual la Corporación pactó con los trabajadores que los pagos por primas extralegales que se hacen por mera liberalidad, no constituyen salario ni factor salarial, acuerdo legal que ignoró el Sena para efectos de la liquidación de los aportes.

Consideró equivocada y contraria a lo previsto en el numeral 3 del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, la fórmula aplicada por el SENA para liquidar los aportes en el salario integral, ya que como se demuestra con un ejemplo, la fórmula utilizada para liquidar el aporte pertinente se excede en \$1.776.60 por encima del tope señalado en la norma legal.

OPOSICIÓN

La apoderada de la entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto expuso:

La liquidación de los aportes por concepto de salario integral tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 lo que se evidencia con un ejemplo donde se observa que en la fórmula aplicada se está restando el 30%.

Según lo expuesto en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 17 de mayo de 1996, Exp.- 7434, se concluye que a pesar de que el empleador y los trabajadores pueden acordar que ciertos pagos que por su naturaleza son salarios, dejen de tener ese carácter, este acuerdo antes de la expedición de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, solo era válido entre las partes contratantes, más no para terceros, particularmente para el SENA.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal de instancia mediante la providencia apelada declaró la nulidad parcial de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho modificó la liquidación de aportes, determinando un saldo a pagar de \$97.858.388.

En cuanto al origen legal de la naturaleza salarial de los pagos efectuados al trabajador que impide a las partes en el momento de celebrar un contrato de trabajo, variarla expuso: En efecto el artículo 6° del Pacto Colectivo de Trabajo visible a folios 36 y ss., consagra que las primas extralegales no fueron ocasionales sino consagradas habitualmente para pagarse en junio y diciembre y tienen el carácter de retribución por servicios personales, ajustándose a la definición de salario dada por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, y en consecuencia el SENA las incluyó legalmente como base de los aportes parafiscales.

Sin embargo en el inciso 2 del artículo 6° del mismo Pacto Colectivo, se puntualizó que las primas extralegales no constituyen factor de salario para los trabajadores vinculados con posterioridad al 1° de diciembre de 1991, con fundamento en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo norma que excluye en forma expresa el carácter salarial de dicha prestación cuando se trate de auxilios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente, por lo que se concluye la prosperidad del cargo.

En relación con las bonificaciones ocasionales y por mera liberalidad, manifestó que el Ministerio Público hace similar análisis, alegando su habitualidad para darle el carácter de factor salarial y por ende base de aportes. Agregó que la parte final del artículo 128 del Código

Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 es taxativa en cuanto a los pagos que no constituyen salario, dentro de los que no se hallan incluidas las bonificaciones pagadas por AHORRAMAS, independientemente de que sean permanentes u ocasionales. Concluyó que fue correcto en este punto el proceder administrativo por lo que se niega el cargo.

Respecto de los viáticos accidentales, precisó que según el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, los viáticos accidentales no constituyen salario y citando como prueba los contratos de trabajo de los años 1994, 1995 y 1996, donde se pactó en su cláusula segunda que los viáticos accidentales no constituyen salario, concluyó que debía darse prosperidad al cargo.

En lo atinente al salario integral aclaró que de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, no se deduce que el valor a tener en cuenta para la determinación de los aportes sea un porcentaje del 130% entre el sueldo y el factor prestacional, porque tal interpretación pasaría por alto el contenido del numeral 3° del mismo artículo, el cual dispone en lo relativo a entidades como el SENA, " que los aportes se disminuirían en un 30%". Concluyó que como en la fórmula empleada por el SENA se evidencia la aplicación del inciso 2°, al sumar al valor de los salarios mínimos legales el 30% del factor prestacional y a esa cantidad se le dedujo el 30% del que habla el numeral 3°, para obtener luego, la suma sobre la que se liquidan los aportes, debe darse prosperidad el cargo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante formula en contra de la sentencia de primera instancia los siguientes cargos:

Primas extralegales. – De acuerdo a lo expuesto por el Tribunal, se da razón a la demandante en cuanto los pagos de primas extralegales no constituyen salario toda vez que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 permite válidamente lo demostrado en el Pacto Colectivo anexo al expediente; en consecuencia se solicita que la sentencia recurrida sea modificada excluyendo como factor base de liquidación de los aportes al SENA el rubro correspondiente a primas extralegales.

Bonificaciones.- El Tribunal se equivocó al indicar que el SENA procedió correctamente al tomar las bonificaciones pagadas por AHORRAMAS como factor base de aportes, toda vez que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 si incluye las bonificaciones como pago que no constituye salario. Además las bonificaciones fueron pagadas por mera liberalidad y por una sola vez, lo que descarta la supuesta habitualidad, la que no fue demostrada por el SENA. Por lo anterior solicita modificar lo resuelto por el Tribunal y en su lugar declarar la nulidad del acto demandado.

Salario Integral.- Considera que el Tribunal se contradice en la parte considerativa del fallo al estudiar este punto, toda vez que acepta que la demandante actuó correctamente al tomar la base salarial integral y con base en ella liquidar los aportes, conforme el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, numeral 3°, disminuyendo los aportes en un 30%, dando prosperidad al cargo. Sin embargo no se produjo la anunciada liquidación, por lo que solicita modificar el fallo en este aspecto, es decir reconociendo que lo pagado por este concepto en los años 1994, 1995 y 1996 es correcto.

Se insiste en que la formula aplicada por el SENA eleva en un 6.9231% el ingreso base para cotizar, ya que en lugar de disminuir los aportes en un 30% lo disminuye en 23.0769%. También

se deja en claro que en ningún momento el artículo 18 numeral 3° de la Ley 50 de 1990, habla de "salario integral básico de 10 salarios mínimos mensuales" como lo señala el Tribunal, pues lo que la norma determina es que tratándose de salario integral –no del integral básico-, los aportes se disminuirían en un 30%, precisamente porque el salario integral está conformado por el monto de 10 salarios mínimos legales mensuales más el factor prestacional mínimo que corresponde al 30% de dicha cuantía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad las partes no alegaron en conclusión.

MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde en la instancia decidir sobre la legalidad de los actos administrativos en virtud de los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, liquidó a cargo de AHORRAMAS Corporación de Ahorro y Vivienda aportes adicionales correspondientes a los años 1994, 1995 y 1996 en la suma de \$112.606.163.

La inconformidad planteada por el recurrente se concreta en los siguientes aspectos:

-De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal se acepta que las primas extralegales no hacen parte de la base para liquidar los aportes, sin embargo, en la liquidación efectuada no se excluye el rubro correspondiente, por lo que solicita se modifique en este sentido la sentencia impugnada.

El Tribunal se equivoca al afirmar que las bonificaciones ocasionales no se encuentran incluidas en la ley como un pago que no constituye salario, toda vez que la ley si incluye dicho concepto como no constitutivo de salario. Se solicita en consecuencia dar prosperidad al cargo.

-Es contradictoria la sentencia en cuanto acepta en la parte considerativa que la base para liquidar los aportes en el salario integral tomada por la demandante fue correcta, toda vez que al efectuar la liquidación de los aportes no reconoce que lo pagado por este concepto fue correcto. Solicita se modifique en este sentido la sentencia recurrida.

Sobre los cargos formulados procede el siguiente análisis:

Primas extralegales

Dispone el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990:

"ART.128.- Pagos que no constituyen salario. 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." (resalta la Sala)

Sobre el alcance de la disposición contenida en la norma transcrita, según la cual no constituyen salario los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, fue reiterada la jurisprudencia de la Sección, en el sentido de señalar que los convenios contractuales no son oponibles al fisco, toda vez que la naturaleza salarial está dada por la ley y no pueden quienes celebran un contrato individual de trabajo variar tal naturaleza.

Bajo el anterior criterio se consideró que las primas extralegales estaban ajustadas a la definición de salario dada por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia hacían parte de la base para la liquidación de los aportes al SENA, ya que los acuerdos particulares no tienen la virtualidad de modificar por si mismos las leyes existentes

Con la expedición de la Ley 344 de diciembre 27 de 1996 se consagró en su artículo 17 la siguiente disposición:

"ART.17.- 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..."

Como se observa en la norma transcrita, la interpretación propuesta por el legislador al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo modificó el criterio de la Corporación antes expuesto, al señalar expresamente que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre pagos que no constituyen salario, permiten excluirlos de la base para liquidar los aportes. Siendo ello así, si bien la Ley 344 fue expedida y tiene vigencia a partir del 27 de diciembre de 1996, se entiende que en lo que atañe a la norma interpretativa (art. 17) sus efectos se remiten a la vigencia de la norma interpretada (art. 128 C.S.T.) y en consecuencia es aplicable aquella a los años 1994, 1995 y 1996 sobre los que versa la liquidación discutida.

Así las cosas asiste razón el Tribunal cuando acepta con fundamento en el Pacto Colectivo que obra a folio 36 y ss., y lo dispuesto en su artículo 6°, donde se dice la prima extralegal allí establecida "...solo constituye factor salario para los trabajadores vinculados a la entidad antes del 1° de octubre de 1991. Para los trabajadores vinculados con posterioridad las partes convienen de conformidad con lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo que no constituye salario para ningún efecto", que los

pagos efectuados por AHORRAMAS a sus trabajadores en desarrollo del citado acuerdo, no hacen parte de la base para liquidar los aportes al SENA por los años 1994, 1995 y 1996.

Bajo las precedentes consideraciones y teniendo en cuenta que el Tribunal no obstante dar prosperidad al cargo omitió deducir el valor de las primas extralegales en la liquidación por el efectuada, procede la modificación de la sentencia en el sentido de deducir de la base de liquidación lo pagado por concepto de primas extralegales, así: por el año 1994 \$717.126.501, por el año 1995 \$1.001.701.019 y por el año 1996 \$1.333.596.473.

Bonificaciones extralegales

A juicio del Tribunal los conceptos que se señalan en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo como no constitutivos de salario son taxativos, y en consecuencia como en ellos no se incluyen las bonificaciones, independientemente de que estas sean permanentes u ocasionales, no son deducibles de la base de los aportes.

Por su parte el recurrente afirma todo lo contrario, esto es que las bonificaciones si se encuentran incluidas en la citada norma como no constitutivas de salario, y afirma que fue por una sola vez que se pagaron, lo que a su juicio descarta la habitualidad, la que además no fue demostrada por el SENA.

Sea lo primero advertir que según la liquidación de los aportes efectuada por el SENA con ocasión de la visita realizada a la entidad demandante, las bonificaciones pagadas por ella a sus trabajadores son "habituales" (fl. 28). Siendo ello así, correspondía a la actora la carga de probar sus afirmaciones, según las cuales, sólo los trabajadores que reúnen los requisitos exigidos por AHORRAMAS reciben dicho incentivo y el pago por dicho concepto fue realizado por una sola vez, argumentos con los cuales pretende desvirtuar la "habitualidad" del pago.

Si bien es cierto que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, incluye en su parte primera las "bonificaciones" como un pago que no constituye salario, también lo es que la misma norma advierte que deben ser pagos realizados "ocasionalmente y por mera liberalidad".

Adicionalmente, según el artículo 127 ib. "Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de denominación que se adopte, como primas, sobresueldos **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario..."

De acuerdo con lo anterior, y al no encontrarse probado que las "bonificaciones" pagadas por la demandante a sus trabajadores tienen el carácter ocasional que exige la norma, para que puedan considerarse como no constitutivas de salario y por ende excluidas de la base de liquidación de los aportes, debe reconocerse en este aspecto la legalidad de la actuación demandada. No prospera en consecuencia el cargo.

Salario Integral.

Según lo expuesto en la sentencia apelada, prospera el cargo que alude a la indebida determinación de los aportes respecto del salario integral por parte del SENA. Sin embargo, tal como lo señala el recurrente, en la liquidación de los aportes hecha a propósito del fallo, no se deduce suma alguna por este concepto.

Para la actora el 30% que ordena deducir el numeral 3° del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, para efectos de la liquidación de los aportes al SENA, implica que del 100% del salario integral se toma como base el 70%, posición que fue acogida por el Tribunal cuando señala que de lo dispuesto en la citada disposición no se deduce que el valor a tomar en cuenta para la determinación de los aportes sea un 130% resultante del salario integral (100%) y el factor prestacional (30%).

No comparte la Sala la posición del Tribunal por las siguientes razones:

El artículo 18 de la Ley 50 de 1990, por el cual se modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

"ART.132.- Formas y libertad de estipulación. 1. El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

2...

"En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuesto."

"3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%)"

Tal como lo ha reiterado la Sala y lo indica la norma, el salario integral no puede ser inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional, que no puede ser inferior al 30% de dicha cuantía. En consecuencia el salario integral corresponde al 100% de sueldos, más el 30% de factor prestacional de la empresa, lo que arroja un porcentaje de 130%. Esto implica que el porcentaje del factor prestacional pactado no se entiende incorporado en el salario integral igualmente acordado.

Así las cosas la proposición matemática que toma el total del salario integral reportado por la empresa como una unidad y lo divide por el 1.3 (100% factor salarial + 30% factor prestacional), permite establecer la base salarial mínima de la cual se partió para llegar al salario integral pactado, o lo que es lo mismo, a la base para liquidar los aportes, ya que el 30% que la norma ordena deducir de los aportes equivale al factor prestacional

Se tiene entonces que si en el ejemplo propuesto por el SENA que cita el recurrente, el salario integral reportado para 1994 es de \$1.383.100, aplicando la proposición matemática a que se ha hecho referencia, este se divide en 1.3. se obtiene la base salarial mínima de la cual se partió para llegar al salario integral pactado, o sea \$987.000, sobre el cual se aplica el aporte el 2%, resultando por concepto del mismo un valor de \$19.740.

No asiste entonces razón a la demandante ni al Tribunal cuando consideran que el procedimiento adoptado por el SENA para calcular el aporte sobre el salario integral es contrario a lo previsto en la precitada norma. Sin embargo, teniendo en cuenta que la demandante es única apelante y que en primera instancia se dio prosperidad al cargo formulado, es forzoso para la Sala acceder a la pretensión de modificar la sentencia recurrida, en cuanto a la determinación de los aportes liquidados sobre el salario integral. Lo anterior, en virtud del principio de la no reformatio in pejus que consagra el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y no podrá ser modificada por el superior, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con la apelación.

De acuerdo con lo expuesto, de la base de liquidación de los aportes en el salario integral, establecida en la liquidación contenida en la parte considerativa del fallo apelado, habrá de deducirse la parte que corresponde a la diferencia que resulta de aplicar el procedimiento acogido por la entidad demandada y el que según la actora debe hacerse, ya que mientras para la

demandada la base de los aportes es el resultado de dividir entre 1.3 el total del salario integral (fl. 89), para la actora al mismo total se le saca el 70%. En términos porcentuales la diferencia corresponde al 6.9231% ($739,7662.967 \times 6.9231\% = 50.591.451$ para el año 94) y el mismo procedimiento para los años 1995 y 1996.

Se procede en consecuencia a practicar la siguiente liquidación con base en lo decidido en el presente fallo.

FACTORES BASE

DE LIQUIDACIÓN	1994	1995	1996
Total factores de			
Liquidación s/n			
liquidación del SENA	4.694.817.725	7.990.422.763	10.678.319.337
Menos: *			
Viáticos	136.525.871	244.582.079	356.280.784
Primas Extralegales	717.126.501	1.001.701.019	1.333.596.473
Diferencia-Salario			
Integral.	50.591.282	94.081.013	136.858.124
Total deducible	904.243.654	1.340.364.111	1.826.735.381
Base de liquidación			
de los aportes	3.790.574.071	6.650.058.652	8.851.583.956
Aportes SENA 2%	73.450.555	121.001.173	177.031.679
Menos lo pagado	88.323.982	135.491.346	130.940.706
TOTAL A PAGAR	(14.873.427)	(14.490.173)	46.090.973
Saldo Neto a pagar: \$	16.727.373		

* Viáticos –los reconocidos y deducidos en la liquidación practicada por el Tribunal.

Primas extralegales- las reconocidas por el Tribunal y omitidas en la liquidación efectuada en la sentencia apelada.

Diferencia salario integral –la que resulta de aplicar el procedimiento acogido por la actora que aceptó el Tribunal pero no incluyó en la liquidación, y el que según el criterio de la Corporación debe seguirse para determinar la base de los aportes.

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

F A L L A:

1. REVOCASE la sentencia apelada. En su lugar se dispone:
2. ANÚLASE la resolución 01281 de julio 16 de 1998 y el acto presunto negativo, mediante los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ordenó a AHORRAMAS CORPORACIÓN DE AHORRO Y VIVIENDA el pago de aportes adicionales por los años 1994,1995 y 1996, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
3. FIJASE en la suma de DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$16.727.373.) Mcte.. el valor de los aportes adicionales que debe pagar AHORRAMAS Corporación de Ahorro y Vivienda al SENA.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que ésta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

German Ayala Mantilla Ligia López Díaz

Presidente de la sección.

María Inés Ortiz Barbosa Juan Ángel Palacio Hincapié

Raúl Giraldo Londoño

SECRETARIO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

