

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación: 250002327000201100336 01 [20030]
Demandante: HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A. (NIT. 8605037481).
Demandada: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Asunto: Aportes parafiscales enero de 2006 a marzo de 2009 y mayo de 2009 a junio de 2010

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante y el demandado contra la sentencia del 29 de agosto de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las súplicas de la demanda.

En la parte resolutive del fallo apelado se dispuso:

“PRIMERO: Declárase la NULIDAD DE LOS ACTOS demandados.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, la devolución de la suma de \$445.815.508 pagada por parte de la sociedad Helm Comisionista de Bolsa por concepto de los aportes parafiscales de enero de 2006 a marzo de 2009 y de mayo de 2009 a junio de 2010”¹.

ANTECEDENTES

En acta de liquidación 1826 de 20 de diciembre de 2010 suscrita por HELM COMISIONISTA DE BOLSA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, se dejó constancia de la existencia de saldos a favor del ICBF por concepto de los aportes parafiscales entre enero de 2006 y junio de 2010, por \$215.499.178, más los intereses de mora de \$163.010.569².

¹ Folios 269 a 295 c.p. 1

² Folios 44 a 45 c.p. 1

Por Resolución 0357 de 7 de febrero de 2011, el ICBF ordenó el pago de \$215.499.178 a cargo de la actora, por concepto de aportes parafiscales del 3% dejados de pagar entre enero de 2006 y marzo de 2009 y de mayo de 2009 a junio de 2010, más los intereses moratorios causados a 18 de enero de 2011 por \$169.192.881³.

Por Resolución 0712 de 29 de abril de 2011, el ICBF confirmó en reposición el acto recurrido⁴.

El 6 de septiembre de 2011, la demandante pagó \$445.815.508 y el ICBF expidió la certificación de paz y salvo⁵.

DEMANDA

HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A., en adelante HELM, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones:

“1. Que se revoque la Resolución No. 0357 del 7 de febrero de 2011 “Por la cual se determina a favor del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR la obligación a cargo de la sociedad HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A. identificado (a) con el NIT No. 860.503.748-1 y se le ordena el pago”.

*2. Que se revoque la Resolución No. 0712 del 28 de abril de 2011 “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad **HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A.** identificado (a) con el NIT No 860.503.748-1 contra la **Resolución No. 0357 del 07 de febrero de 2011**, proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá”.*

*3. Que como consecuencia de lo anterior se declare que aún antes de la expedición de los actos administrativos previamente citados, la sociedad HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A. identificado (a) con el NIT No. 860.503.748-1 se encontraba a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales del 3% correspondientes a los períodos **Enero de 2006 a Marzo de 2009, Mayo de 2009 a Junio de 2010.***

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se disponga la devolución a la Demandante de la suma de dinero pagada por valor de \$445.815.508 con ocasión de la ejecución de las resoluciones enunciadas en los numerales 1 y 2 de éste escrito.

5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se paguen a la Demandante los perjuicios materiales, (daño emergente y lucro cesante),

³ Folios 22 a 23 c.p. 1

⁴ Folios 24 a 43 c.p. 1

⁵ Folio 48 c.p. 1

causados con ocasión de los recursos administrativos presentados y la presente demanda.

6. Que el pago de las sumas de dinero solicitadas sea actualizada a la fecha en que se realiza el pago’’⁶.

Invocó como disposiciones violadas las siguientes:

- Artículo 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.
- Artículo 1º de la Ley 89 de 1988.
- Artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Falta de motivación de los actos administrativos

De conformidad con los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, la Administración tiene la obligación de motivar sus decisiones, pues la motivación constituye un mecanismo de protección jurídica del administrado para garantizar el derecho de defensa y contradicción contra los actos administrativos que son de obligatorio cumplimiento.

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha precisado que la Administración está obligada a expresar los motivos que fundamentan su decisión y a establecer la correspondencia entre los hechos y las consideraciones jurídicas contenidas en el acto administrativo, y por su parte, el particular a través del conocimiento de la causa que originó la decisión que lo afecta y de sus fundamentos de derecho, tiene la posibilidad de ejercer su derecho de defensa⁷.

El ICBF no motivó siquiera de forma sumaria los actos acusados, pues se limitó a imponer la obligación de pago por \$378.509.747, más los intereses de mora y a citar las normas generales de los aportes parafiscales que deben hacer las entidades públicas y privadas al ICBF.

Por lo anterior, la sociedad HELM COMISIONISTA DE BOLSA S.A. no tuvo conocimiento de los motivos que fundamentaron la decisión del ICBF, lo que imposibilitó el ejercicio del derecho de defensa

⁶ Folios 4 a 5 c.p. 1

⁷ Sentencias del 14 de junio de 1996, C.P. Consuelo Sarria Olcos, y 9 de julio de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo.

para controvertir los actos administrativos por los que se impuso la obligación de pago de los aportes parafiscales.

Los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre pagos no salariales no constituyen base para liquidar los aportes parafiscales

De acuerdo con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no constituyen salario:

1. Las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.
2. Los beneficios o auxilios extralegales, habituales u ocasionales acordados de manera convencional o contractual, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario.

El ICBF interpretó erróneamente esta norma al considerar que las bonificaciones habituales constituyen salario, porque existen pagos que pueden ser habituales pero que por acuerdo entre el empleador y el trabajador no constituyen salario.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁸ y la Corte Constitucional⁹, el legislador no estableció ninguna prohibición para pactar entre el empleador y el trabajador que los auxilios habituales u ocasionales se excluyan de la base del cómputo de prestaciones sociales y otros beneficios, siempre y cuando no se menoscaben los derechos mínimos del trabajador.

Para determinar los factores que componen la base de liquidación de los aportes parafiscales, el artículo 1 de la Ley 89 de 1988 estableció que a partir del 1º de enero de 1989 los aportes para el ICBF ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7 de 1979, aumentaron al 3% del valor de la nómina mensual de salarios y se calculan y pagan teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, que es la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral.

De acuerdo con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 8 de febrero de 2011, constituye salario todo lo que recibe el trabajador como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. Se exceptúan los factores que expresamente la ley señale, como el auxilio de transporte y los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario.

⁸ Sentencia del 12 de febrero de 1993.

HELM pagó a sus trabajadores sumas por concepto de “*pagos variables no salariales*”, de acuerdo con los otrosíes a los contratos de trabajo, pagos que se pactaron como no salariales. Por tanto, no se debían incluir en la base para liquidar los aportes parafiscales.

El ICBF no puede desconocer los acuerdos entre los trabajadores y el empleador para determinar que dichas sumas debían tenerse en cuenta para el pago de los aportes parafiscales, máxime si en el recurso de reposición se aportó el pacto colectivo en el que se consagró de forma expresa “*que cualquier bonificación que se otorgue por resultados no constituirá parte del salario*” (cláusula décima séptima).

En esas condiciones, el ICBF no debió determinar y ordenar el pago de \$215.499.178 a cargo de la actora por concepto de aportes parafiscales del 3% dejados de pagar durante el período comprendido entre enero de 2006 a marzo de 2009 y mayo de 2009 a junio de 2010, más los intereses de mora, con fundamento en el acta de liquidación en la que se incluyeron sumas que no constituyen salario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El ICBF propuso las excepciones de inexistencia de la violación normativa y de legalidad del acto administrativo. Además, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Falta de motivación

El acta de liquidación 1826 del 20 de diciembre de 2010, que surgió en virtud de la verificación realizada a la demandante, se elaboró de acuerdo con lo previsto en la Resolución 731 de 2008, por la que el ICBF estableció los lineamientos para adelantar los procesos de fiscalización y cobro de los aportes parafiscales.

Los actos administrativos están motivados, por cuanto el acta de liquidación hace parte integral de estos. Además, en la Resolución 0357 del 7 de febrero de 2011, se discriminó de forma detallada el balance en la columna denominada “*fuentes de donde se toma la información*”, lo que quiere decir, que para determinar la base de liquidación de los aportes se tomaron los valores registrados en los balances mensuales por concepto de gastos laborales⁹. Por tanto, la demandante tuvo pleno conocimiento de los factores que dieron lugar a la liquidación para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Pagos que constituyen base para liquidar los aportes parafiscales

⁹ C-521 de 1995.

¹⁰ Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles – Artículo 68 del Código de Comercio.

De acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo todo pago en dinero o en especie que reciba el trabajador como contraprestación por sus servicios constituye salario. Sin embargo, las partes pueden convenir que algunos pagos no constituyan salario. Tampoco se consideran salario, los pagos realizados ocasionalmente o por mera liberalidad, a diferencia de los pagos habituales.

En la cláusula décima séptima del pacto colectivo celebrado entre la demandante y los trabajadores, se acordó que *“cualquier bonificación que se otorgue por resultados no se constituirá parte del salario”*.

En la visita de verificación se comprobó que el demandante, en su condición de empleador, realiza dos tipos de pagos por concepto de bonificaciones. Así se deduce de la cuenta contable 510545, que tiene dos subcuentas, la 510445101 denominada *“bonificaciones”* y la 510545105 denominada *“bonificaciones por bono”*.

Sin embargo, en los otrosíes a los contratos de trabajadores con salario integral y salario básico, el pago no se estipuló como bonificación, sino como pago variable no constitutivo de salario. En efecto, en los otrosíes dispone que: *“El empleador reconocerá y pagará al TRABAJADOR una parte de pagos variables en dinero de acuerdo a lo producido sobre el valor neto producido sobre las metas mínimas de ingresos netos exigidas las cuales son de conocimiento del trabajador”*.

En esas condiciones, las bonificaciones que otorga HELM no están comprendidas dentro de los pagos variables no salariales porque el empleador pactó unos pagos variables como no salario, pero no incluyó las bonificaciones. Por tanto, no existe certeza de que el pago denominado bonificación haya sido desalarizado.

Aunado a lo anterior, del análisis de los balances se pudo establecer que la actora pagó las bonificaciones a los trabajadores mes a mes durante los períodos fiscalizados, por lo que éstas no pueden considerarse ocasionales sino habituales. En consecuencia, constituyen salario y hacen parte de la base para liquidar los aportes parafiscales a favor del ICBF.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió las pretensiones de la demanda. Las razones de la decisión se sintetizan así¹¹:

Las excepciones propuestas por el demandado no corresponden propiamente a una excepción, sino a argumentos de la defensa para acreditar la legalidad de los actos acusados, razón por la cual las excepciones no prosperan.

¹¹ Folios 269 a 295 c.p. 1

De conformidad con las Leyes 27 de 1974 y 7 de 1979, la contribución parafiscal a favor del ICBF surge en virtud del vínculo laboral existente entre el empleador y trabajador y el salario es la base sobre la cual se debe calcular el respectivo aporte¹². Por tanto, la actora es sujeto pasivo de la contribución por concepto de aportes parafiscales a favor del ICBF.

De acuerdo con el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado la motivación de los actos administrativos que determinan obligaciones tributarias habrá de especificar, incluso brevemente, los razones que fundamentan la decisión de la Administración¹³.

Los actos demandados se fundamentaron en las normas vigentes para la determinación de la contribución y el procedimiento para establecerla, en la liquidación de aportes 1826 de 20 de diciembre de 2010, suscrita entre HELM y el ICBF y en los balances contables de la actora por los años 2006 a 2010. En consecuencia, los fundamentos de derecho y hecho de los actos acusados se encuentran plenamente identificados.

Por disposición del artículo 3º de la Ley 27 de 1974 la base para liquidar la contribución fiscal corresponde a lo que constituye salario, según lo dispuesto en los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo.

El salario corresponde a toda remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa y onerosa otorgada por sus servicios. Los beneficios ocasionales acordados convencional o contractualmente no constituirán salario.

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁴ y las normas del C.S.T., los pagos que se incluyan en los pactos colectivos como no constitutivos de salario, así sean habituales, son no constitutivos de salario.

En la cláusula décima séptima del pacto colectivo se establecieron una serie de remuneraciones, subsidios y auxilios como no constitutivos de salario, cuyas cifras se encuentran debidamente discriminadas en los balances y que, según la Administración, fueron otorgadas de manera habitual y como contraprestación por los servicios prestados por los trabajadores.

¹² Sentencias del 11 de noviembre de 1998, Exp. 1156, C.P. César Hoyos Salazar y 26 de junio 2008, Exp. 15624, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹³ Sentencias del 9 de julio de 2009, Exp. 15846, C.P. William Giraldo Giraldo y 10 de mayo de 2012, Exp. 17766, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁴ Sentencia del 8 de julio de 2010, Exp. 17329, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Teniendo en cuenta los otrosíes de los contratos de trabajo, los pagos realizados por concepto de bonificaciones registrados en las cuentas y subcuentas contables denominadas “*bonificaciones y bonificaciones por bono*”, fueron excluidos del factor salario. Por tanto, los pagos variables realizados bajo la figura de bonificaciones tuvieron el carácter de pagos no salariales por expreso acuerdo entre las partes.

En esas condiciones, los beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, reconocidos a los trabajadores y excluidos expresamente del factor salarial por mutuo acuerdo, no constituyen factor salarial para la base de liquidación de la contribución parafiscal a favor del ICBF.

Por lo anterior, los actos demandados son nulos porque el ICBF desconoció el contenido de los acuerdos incluidos en los contratos de trabajo y el pacto colectivo.

Por último, no se puede reconocer el daño emergente ni el lucro cesante porque la actora no probó los perjuicios que sufrió. En efecto, no acreditó los gastos en que pudo incurrir por causa de las actividades tendientes a la recuperación del pago de lo no debido, ni los ingresos que dejó de obtener, a título de lucro cesante.

RECURSO DE APELACIÓN

El **ICBF** apeló la sentencia, por las siguientes razones¹⁵:

De acuerdo con los artículos 127 y 128 del C.S.T. los elementos integrantes del salario son todo pago en dinero o en especie recibido por el trabajador como contraprestación por sus servicios. Las partes del contrato de trabajo (empleador y trabajador) pueden pactar que algunos pagos no constituyan salario. Sin embargo, solo es permitido desalarizar los pagos a los trabajadores por concepto de bonificaciones ocasionales, no por bonificaciones habituales.

En los otrosíes a los contratos de trabajo aportados, que corresponden a trabajadores con salario integral y con salario básico, se estipularon pagos variables no salariales, pero no se indicó que estos pagos se realicen como bonificaciones. Por tanto, las bonificaciones que otorga HELM no están comprendidas dentro de los pagos variables no salariales, máxime cuando no existe pacto de desalarización de las bonificaciones.

El demandante aportó un pacto colectivo que en la cláusula décima séptima dispuso “*cualquier bonificación que se otorgue por resultados no se (sic) constituirá parte del salario*”. Sin embargo, el

¹⁵ Folios 297 a 312 c.p. 1

pacto no determina qué se entiende por bonificaciones y en estos casos se cumplen los requisitos de ley para hacer parte de la base de los aportes parafiscales.

Las bonificaciones que paga HELM a sus trabajadores son habituales y como contraprestación directa del servicio del trabajador, razón por la que no puede tenerse en cuenta como pacto de desalarización, pues según el artículo 127 del C.S.T., las bonificaciones habituales tienen naturaleza salarial.

De otra parte, el Tribunal precisa que la Administración debió requerir los documentos probatorios que le dieran certeza de que las bonificaciones fueron pactadas como pagos no constitutivo de salario. No obstante, la carga de la prueba está en cabeza de HELM, quién contó con la oportunidad procesal para demostrarlo y, por tanto, no puede pretenderse que por la falta de prueba se concedan exenciones en la conformación de la base para el cálculo de los aportes parafiscales con destino al ICBF.

El **demandante** apeló la sentencia por los siguientes argumentos¹⁶:

El Tribunal negó el reconocimiento del lucro cesante y el daño emergente porque no se probaron en el proceso.

No obstante, en este caso el lucro cesante corresponde a los frutos civiles que hubiera podido obtener HELM., teniendo en cuenta que es una entidad financiera que se dedica principalmente a actividades de inversión de capitales, por lo que el pago de lo no debido al ICBF generó la imposibilidad de obtener utilidades de ese capital. Por tal razón, el lucro cesante debe calcularse con base en el interés corriente bancario.

De otra parte, el *a quo* no ordenó el ajuste de la suma devuelta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

Por lo anterior, a título de lucro cesante debe reconocerse la suma de \$89.103.659,53. Además, debe actualizarse el pago de la suma decretada como restablecimiento del derecho (\$445.815.508), desde el momento en que la demandante realizó dicho pago al ICBF y hasta la fecha en que se realice su devolución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **actora** reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación¹⁷.

¹⁶ Folios 313 a 319 c.p. 1

El **ICBF** insistió en los planteamientos de la contestación de la demanda y en el recurso de apelación¹⁷.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes, decide la Sala si los pagos variables no salariales que hace la actora a sus trabajadores hacen parte o no de la base salarial para calcular la liquidación de los aportes parafiscales a favor del ICBF. En caso negativo, y por ende, si se mantiene la nulidad de los actos demandados, la Sala establece si sobre la suma devuelta procede el reconocimiento del daño emergente, lucro cesante, al igual que la actualización de valor de acuerdo, prevista en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

Aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

El artículo 2º de la Ley 27 de 1974 establece que todos los patronos y entidades públicas y privadas destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar Colombiano, atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral para menores de 7 años, hijos de empleados públicos y de trabajadores oficiales y privados.

La Ley 89 de 1988 incrementó, a partir del 1º de enero de 1989, los aportes para el ICBF, ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7ª de 1979, fijándolos en el tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios. El artículo 1 parágrafo 1 de la Ley 89 de 1988 señaló que los aportes al ICBF se *“calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982”*.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispuso que:

*“Para efectos de la liquidación de los aportes al Régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, **se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario** en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.*

¹⁷ Folios 26 a 31 c.p. 2

¹⁸ Folios 15 a 25 c.p. 2

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.” (Se destaca)

A su vez, de acuerdo con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, “*constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*”

Y, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 consagra lo siguiente:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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)

Respecto de la anterior disposición, el legislador expidió una norma interpretativa, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, también invocada por la actora, en la que dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 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, 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.”

Así pues, constituye salario, en general, toda suma que remunere el servicio prestado por el trabajador y no hacen parte de éste, (i) los pagos ocasionales y

que por mera liberalidad efectúa el empleador, como bonificaciones; (ii) los pagos para el buen desempeño de las funciones a cargo del trabajador, como el auxilio de transporte; (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o bonificaciones habituales u ocasionales de carácter extralegal si las partes acuerdan que no constituyen salario.

A su vez, los factores que no constituyen salario, y, dentro de estos, los beneficios o bonificaciones extralegales que expresamente se acuerden como no salariales, no hacen parte de la base del cálculo de los aportes parafiscales al ICBF. Ello, porque la base de los aportes es la nómina mensual de salarios, es decir, ***“la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario”***, como prevé el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

La Sala ha precisado que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite excluir de la base para liquidar los aportes parafiscales, los pagos que hayan sido acordados entre empleadores y trabajadores, como no constitutivos de salario. Al respecto, sostuvo lo siguiente¹⁹:

“A la luz del artículo 17 de la Ley 344 de 1996, 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. Es por lo anterior y teniendo como soporte jurídico la norma en cita, que las partes deben disponer expresamente cuales factores salariales no constituyen salario, para efecto del pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales.” (Subraya la Sala)

Cabe insistir en que las bonificaciones ocasionales otorgadas por mera liberalidad del empleador no constituyen factor salarial por mandato legal (art 128 C.ST), sin que se requiera de acuerdo entre las partes y que tampoco

¹⁹ Sentencias de 3 de julio del 2002, Exp. 12744, C.P. Dra. Ligia López Díaz; 26 de octubre de 2009, Exp. 16761, C.P. William Giraldo Giraldo; 7 de octubre de 2010, Exp. 16951, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

son salario las bonificaciones o beneficios, -sean ocasionales o habituales-, siempre que sean extralegales y que las partes expresamente acuerden que no hacen parte del salario (ibídem).

En el caso en estudio, se encuentran probados los siguientes hechos:

1. Por acta de liquidación 1826 de 20 de diciembre de 2010 suscrita entre la actora y el ICBF, se dejó constancia de que HELM debe realizar los aportes parafiscales sobre la base salarial compuesta por sueldos, horas extras y recargo nocturno, vacaciones, salario integral y bonificaciones. También se dejó constancia de que la demandante no realiza aportes sobre bonificaciones. En consecuencia, se determinó que existe un saldo a favor del ICBF por \$215.499.178, más intereses moratorios de \$163.010.589²⁰.
2. En la cláusula décima séptima del pacto colectivo suscrito el 19 de mayo de 2011 entre HELM y la Comisión negociadora de los Trabajadores, se acordó lo siguiente²¹:

“NORMA GENERAL. Se deja expresa constancia que todos los beneficios contenidos en este pacto, incluyendo los auxilios y primas a que se refieren las cláusulas precedentes (Séptima a Décima Sexta) no tienen carácter de salario, ni serán considerados como elementos del mismo para efectos de liquidación de Prestaciones Sociales ni otros derechos, por no corresponder a la retribución de servicios subordinados y tener el carácter de ocasionales. Así mismo, cualquier Bonificación que se otorgue por resultados no se constituirá parte del salario de acuerdo con el Artículo 128 del C.S.T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, el artículo 16 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996”. (Subraya la Sala).

3. En los otrosíes a los contratos de trabajo con salario básico fijo y salario integral de agosto de 2004²², septiembre de 2004²³, julio de 2005²⁴, diciembre de 2005²⁵, mayo de 2007²⁶, julio de 2008²⁷, mayo de 2009²⁸, abril de 2009²⁹, noviembre de 2010³⁰, marzo de 2011³¹ y abril de 2011³², se estipularon pagos variables no salariales, adicionales al salario básico fijo, que tiene

²⁰ Folios 44 a 45 c.p. 1

²¹ Folios 49 a 54 c.p. 1

²² Folios 75 a 76 c.p. 1

²³ Folios 69 a 70 c.p. 1

²⁴ Folios 71 a 72 c.p. 1

²⁵ Folios 63 a 64 c.p. 1

²⁶ Folios 67 a 68 c.p. 1

²⁷ Folios 97 a 98 c.p. 1

²⁸ Folios 93 a 94 c.p. 1

²⁹ Folios 95 a 96 c.p. 1

³⁰ Folios 57 a 58, 59 a 60, 61 a 62, 77 a 78, 81 a 82, 89 a 90, 91 a 92 c.p. 1

³¹ Folios 83 a 88 c.p. 1

³² Folios 79 a 80 c.p. 1

carácter extralegal y se obtienen de acuerdo con lo producido sobre el valor de las metas mínimas que tiene el trabajador³³. Por acuerdo entre las partes esta remuneración variable extralegal no es constitutiva de salario.³⁴

La Sala ha precisado que las denominadas bonificaciones habituales extralegales no son constitutivas de salario si expresamente así lo pactan el empleador y el trabajador, lo que, como se señaló, significa que no solo pueden excluirse del salario las bonificaciones ocasionales que por mera liberalidad se pagan al trabajador, como lo entiende el demandado.

En efecto, sobre el particular, la Sala sostuvo lo siguiente³⁵:

“[...] el artículo 128 C.S.T. establece las características de diferentes pagos que realiza el empleador que no son constitutivos de salarios, así:

- 1. Las sumas que **ocasionalmente y por mera liberalidad** recibe el trabajador del empleador.*
- 2. Lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio sino para desempeñar sus funciones.*
- 3. Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales **acordados convencional o contractualmente** y otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto **expresamente**.*

Las bonificaciones que son objeto de controversia en el sub examine, corresponden a aquellas que COLPOZOS pactó expresamente en los contratos laborales que serían reconocidas a sus trabajadores y que no serían factor salarial.

[...]

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.

³³ Folios 55 a 98 c.p. 1

³⁴ Ibídem

³⁵ Sentencia del 8 de julio de 2010, Exp. 17329, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

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.”

Así pues, para que el empleador, como sujeto pasivo de la contribución por aportes parafiscales, pueda excluir de la base de los aportes (nómina mensual de salarios), las bonificaciones extralegales expresamente excluidas por las partes como factor salarial debe probar que acordó con sus trabajadores que tales beneficios no son constitutivos de salario.

En el caso en estudio no está probado que durante los periodos en discusión (**enero de 2006 a marzo de 2009 y mayo de 2009 a junio de 2010**), la actora hubiera acordado con sus trabajadores que los pagos variables o bonificaciones por resultado no constituían salario. Ello, porque el pacto colectivo es de **19 de mayo de 2011** y los otrosíes a los contratos de trabajo, salvo los de **mayo de 2007, julio de 2008 y mayo de 2009** corresponden a períodos diferentes a los glosados por la entidad demandada.

En consecuencia, la base para calcular los aportes parafiscales al ICBF por los meses de **mayo de 2007, julio de 2008 y mayo de 2009** fue correctamente determinada por la actora, dado que probó que por esos períodos los pagos variables o bonificaciones por resultado no constituían salario porque expresamente así lo pactó con sus trabajadores.

Lo anterior significa que los actos acusados son nulos parcialmente y como consecuencia procede la devolución a favor de la actora de las sumas pagadas por concepto de aportes parafiscales de **mayo de 2007, julio de 2008 y mayo de 2009**, de acuerdo con la liquidación de aportes 180901 de 20 de diciembre de 2009, efectuada por el ICBF³⁶, que hace parte de los actos demandados³⁷:

Vigencia	Período	Total a pagar al ICBF (Capital e intereses)
2007	Mayo	\$19.409.260
2008	Julio	\$14.365.507
2009	mayo	\$13.840.397
TOTAL		\$47.615.164

³⁶ Folios 46 y 47 c.p.1

³⁷ Se recuerda que la actora pagó la suma fijada en los actos acusados de (\$445.815.508) y el demandado le expidió el paz y salvo correspondiente. (folio 48 c.p.1).

Así pues, para que el empleador como sujeto pasivo de la contribución por aportes parafiscales al ICBF pueda excluir de la base de los aportes (nómina mensual de salarios) bonificaciones expresamente excluidas como factor salarial debe probar que tales bonificaciones no constituyen salario de acuerdo con el artículo 128 del C.S.T.

Ahora bien, sobre la suma devuelta, que en este caso es una parte de lo que la actora pagó, ésta pide que se reconozcan el daño emergente y el lucro cesante, al igual que la actualización del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las nociones de daño emergente y lucro cesante están consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente³⁸:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. Por su parte, el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima.

(...) En cuanto tiene que ver con el lucro cesante, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública³⁹”.

³⁸ Sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp. 15989, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁹ En ese sentido pueden verse, entre otros, los pronunciamientos de esta Sección, de 2 de junio de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, expediente 8998, o el de 27 de octubre de 1994, CP Dr. Julio César Uribe Acosta, actor Oswaldo Pomar, expediente 9763.

Teniendo en cuenta que la actora pidió la indemnización de perjuicios a título de daño emergente y de lucro cesante y que estos deben ser ciertos y encontrarse demostrados, la Sala no accederá al reconocimiento de los perjuicios solicitados, toda vez que no fueron probados dentro del proceso. En efecto, en relación con los perjuicios económicos que pidió la demandante, nada precisó en la demanda y en el recurso, que no es la oportunidad para corregir o adicionar el libelo de la demanda, sólo indicó que los perjuicios fueron ocasionados por la pérdida de aquellos rendimientos que normalmente genera una suma de dinero como resultado de la inversión de capitales, argumento que, además de extemporáneo, no resulta suficiente para demostrar un perjuicio que pueda ser resarcido por el juez.

Respecto de la actualización de valor que la actora solicitó en la demanda, la Sala accede a la solicitud, toda vez que esta sentencia impone una condena “a la devolución de una cantidad líquida de dinero”, (artículo 177 del Código Contencioso Administrativo⁴⁰) y la actualización o ajuste de valor se aplica frente a la liquidación de condenas de sumas líquidas de dinero, que se impongan mediante sentencia, como prevé el artículo 178 ibídem:

“ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.”

Sobre esta norma, C-407 de 2004, la Corte Constitucional precisó⁴¹:

“Como se aprecia, el artículo impugnado se limita a señalar las condiciones de uno de los elementos de la sentencia que profiera el juez, es decir la condena, y a consagrar un mecanismo para su actualización, lo cual se sustenta en la necesidad de conservar el monto decretado como condena, debido al deterioro que los valores sufren con el paso de los días en una economía inflacionaria. La finalidad de los ajustes es pues mantener actualizado en el tiempo el monto de la condena impuesta en la sentencia.

⁴⁰ ARTICULO 177. EFECTIVIDAD DE CONDENAS CONTRA ENTIDADES PÚBLICAS. **Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero**, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada. [...]”

⁴¹ Sentencia C- 407 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[...] Así mismo, del mandato contenido en la norma acusada, en el que se dispone que cualquier ajuste de las condenas resueltas mediante sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa sólo podrá realizarse tomando como base el índice de precios al consumidor, no puede inferirse que el legislador desconoce los principios constitucionales consagrados en los artículos 13, 29, 113, 114, 116, 121 y 228 de la Constitución Política, puesto que el contenido de dicha disposición no permite afirmar que en ella se asigna implícita o explícitamente competencia a funcionarios administrativos para ajustar el valor de las condenas que imponga la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo único que consagra la norma acusada es que la condena que se imponga en la sentencia de lo contencioso administrativo puede ser ajustada y señala el instrumento para llevarlo a cabo. Contrario a lo afirmado por la accionante, el artículo 178 del C.C.A. no faculta a las autoridades administrativas para disponer sobre el ajuste de esas condenas.”. (Subraya la Sala)

Ahora bien, para la actualización del valor se tendrá en cuenta la siguiente fórmula⁴²:

$$Va = Vh \times \frac{I. \text{ Final}}{I. \text{ Inicial}}$$

Donde:

Va = Valor actualizado
Vh = Valor histórico (suma que debe devolverse)
I. Final = IPC certificado por el DANE a la fecha en que el ICBF realice la correspondiente liquidación.
I. Inicial = IPC vigente a la fecha en que la actora pagó la suma fijada en los actos acusados

Las razones que anteceden son suficientes para revocar la sentencia impugnada. En su lugar, se anulan parcialmente los actos demandados y como consecuencia, se ordena la devolución de \$47.615.164 más la actualización de esta suma, en los términos fijados en la parte motiva. En lo demás, se niegan las pretensiones de la demanda.

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

REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar, dispone:

PRIMERO: ANÚLANSE parcialmente las Resoluciones 0357 de 7 de febrero de 2011 y 0712 de 29 de abril de 2011, por las cuales el ICBF determinó y ordenó a la actora el pago de aportes parafiscales entre enero de 2006 y marzo de 2009 y de mayo de 2009 a junio de 2010.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, devolver a la actora la suma de \$47.615.164, actualizada en los términos de la parte motiva de esta sentencia, por concepto de los aportes parafiscales pagados indebidamente por los meses de mayo de 2007, julio de 2008 y mayo de 2009.

En lo demás, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
RODRÍGUEZ

CARMEN TERESA ORTIZ DE

⁴² Sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente 14362, C.P. Ligia López Díaz.

