



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 05001-23-33-000-2014-00518-01 (22847)
Demandante: BANCOLOMBIA S.A
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

Temas: Aportes parafiscales SENA -Ley 21 de 1982-. Pagos que no se consideran salario para la base de liquidación de esos aportes. Auxilio de transporte no se considera salario ni hace parte de la base para ese efecto.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sección Cuarta a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 21 de abril de 2016 proferida por la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo del Antioquia, que dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones Nos. 002067 de 14 de agosto de 2013 y 002696 del 1 de noviembre de 2013, proferidas por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, por medio de las cuales se determina

una obligación a cargo de BANCOLOMBIA S.A. por concepto de aportes parafiscales.

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración, se **RESTABLECE EL DERECHO** en el sentido de **DECLARAR** que BANCOLOMBIA S.A. no está obligada al pago del valor determinado en los actos acusados; asimismo, se **ORDENA** la devolución de las sumas que la demandante canceló en virtud del acto anulado, en forma indexada, según lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: ***NEGAR** las demás pretensiones de la demanda*

CUARTO: *Sin condena en costas”*

ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, BANCOLOMBIA S.A., solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

La Resolución Nro. 002067 de 14 de agosto de 2013, expedida por el Director Regional Antioquia para ese momento, Doctor Gustavo López de Mesas, la cual dispuso: “librar orden de pago a favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, y a cargo del empleador BANCOLOMBIA S.A. con Nit 890.903.938 por la suma de Trescientos Veinte y Ocho Millones Trescientos Seis Mil un Pesos(...)”.

La Resolución No.002696 del 1 de noviembre de 2013, suscrita por el Doctor Jhon Jairo Gómez Rodas, Director Regional Antioquia del SENA, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 002067 del 14 de agosto de 2013, en la que se confirma en todas sus partes, la referida resolución.

*2. Que, como consecuencia de la anterior declaratoria, se manifieste que **BANCOLOMBIA S.A.** no está obligada a pagar al*

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, la suma de \$176.203.075 de conformidad con lo indicado en la resolución antes mencionada, ni menos aún, los intereses moratorios señalados –los cuales para la fecha del pago ascendieron a la suma de \$152.102.926 es decir, que no está obligada a cumplir con la obligación impuesta en las Resoluciones cuya nulidad se pretende.

3. Que, en igual sentido, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-**, reembolse a mi representada la suma de \$328.306.001, dineros que con cargo a las resoluciones citadas fueron cancelados por **BANCOLOMBIA S.A.**, actualizando dicho valor a la fecha del reintegro efectivo, más los respectivos intereses de toda índole que se causen hasta la fecha del reembolso.

4. Que sobre la suma a reintegrar actualizada, se reconozca los intereses de toda índole correspondientes, desde la fecha en la cual se realizó el pago respectivo por parte de **BANCOLOMBIA S.A.**

5. Que las sumas que se liquiden en la sentencia, se ajusten de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo prevenido en el inciso 4 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Que se condene al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, a reconocer y pagar a mi representada, sobre las sumas de dinero reconocidas en la sentencia, intereses moratorios durante los diez meses siguientes a su ejecutoria, e intereses comerciales después de ese término, de acuerdo a lo ordenado en el numeral 4 del artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7. Que se condene al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, a pagar costas y agencias en derecho que se tasen, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8. Que se condene al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE** a reconocer a **BANCOLOMBIA S.A.** la suma que por arancel judicial se vea obligada a cancelar para emprender esta acción judicial, indexada y con intereses moratorios de toda clase”.

1.2. Hechos relevantes para el asunto

1.2.1. Con sustento en el Acta de liquidación No.373 del 4 de julio de 2013 - resultado de visita verificación de liquidación de aportes parafiscales años 2008, 2009 y 2010, en la que se hizo revisión de información contable-, el SENA-Regional

Antioquia profirió la Resolución No. 002067 del 14 de agosto de 2013, mediante cual ordenó librar orden de pago a cargo de Bancolombia S.A., por la suma de \$328.306.001 (por capital e intereses de mora).

1.2.2. Contra esa Resolución la sociedad demandante interpuso recurso de reposición, en el cual, además de argumentar violación al debido proceso por ausencia o indebida de motivación, expuso que no era viable, como lo había hecho el SENA, asumir el auxilio de transporte extralegal -pactado en la convención colectiva de trabajo- como salario en la base de cotización.

1.2.3. Ese recurso fue resuelto negativamente mediante Resolución No. 002696 del 1º de noviembre de 2013.

No obstante su inconformidad frente a esos actos el 18 de noviembre de 2013 Bancolombia S.A., realizó el pago de \$328.306.001, discriminados así: \$176.203.075 por concepto de capital y \$152.102.926 por intereses de mora.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas mencionó los artículos 2,16, 29 y 58 de la Constitución Política; 3, 40 y 42 de la Ley 1437 de 2011; 2 de la Ley 27 de 1975; 17 de la Ley 21 de 1982 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

En síntesis, el concepto de la violación lo desarrolló de la siguiente manera:

1.3.1. Que existió incompetencia temporal, porque el SENA liquidó aportes de los años 2008, 2009 y 2010, pasando por alto la fecha de ejecutoria del acto de determinación de la obligación -8 de noviembre de 2013-, toda vez que para ese momento ya se encontraban en firme las declaraciones privadas de los tributos correspondientes a esos periodos, pues, conforme el artículo 714 del Estatuto Tributario, la declaración tributaria quedará en firme si dentro de los 2 años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar no se ha notificado requerimiento especial.

1.3.2. Que los actos administrativos no proporcionaron una motivación expresa y concreta respecto a cuáles conceptos, rubros y valores pertenecía el saldo de la deuda que le impusieron por esos años. Que la carencia de una debida motivación impidió conocer la composición exacta de la base sobre la cual se estaba liquidando el valor a deber por aportes.

Afirma que en los actos cuestionados se incurrió en error de hecho y de derecho en los motivos, porque el SENA no reconoció validez ni apreció los argumentos y las pruebas aportadas por Bancolombia S.A., en el recurso de reposición y en la actuación administrativa, toda vez que incluyó el auxilio de transporte extralegal en la base para liquidar los aportes, lo que no es procedente, por no constituir una retribución o contraprestación a la labor del trabajador, no constituye salario.

Por tanto, dice que se le vulneró su derecho al debido proceso.

2. Oposición

El SENA compareció al proceso mediante apoderado judicial. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

En resumen indicó que no existe incompetencia temporal, porque la obligación de pagar aportes parafiscales es independiente de las otras declaraciones tributarias de la empresa actora, y que la base es la nómina del empleador y no los valores que haya presentado en su declaración de renta.

Que las normas que imponen obligación parafiscal a cargo de los empleadores, referidas ampliamente en los actos cuestionados, son de orden público, por lo tanto de imperativo acatamiento. Que contrario a lo que afirma el demandante, en los actos atacados se detallaron los conceptos y los rubros que generan el cobro. De lo que tuvo conocimiento, al haber participado en toda la actuación previa.

Que existen pagos que recibe el trabajador que pueden ser objeto de desalarización, siempre y cuando no desconozcan los elementos consagrados por el legislador de lo que constituye salario.

Planteó la excepción de inexistencia de causa jurídica, para desestimar los fundamentos y pretensiones de la demanda. Anotó que no es viable variar la naturaleza de las cosas y que lo que es salario no puede dejar de serlo en la medida que retribuye la prestación personal de la labor por parte del trabajador, por lo que no es posible, como lo estima el demandante, que la nómina del empleado únicamente sea lo más básico y que lo demás no constituya salario “por previo acuerdo de las partes”.

Que con los informes de visita se puede corroborar que los documentos soporte para la nómina indicaban faltantes, lo que daba mérito a exigir el pago forzado, y que si bien existe facultad de excluir de la liquidación de parafiscales los conceptos que por convenio no constituyen IBL para aportes ni prestaciones, eso en sí mismo no es pretexto para disminuir el pago de los mismos.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 21 de abril de 2016, la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo del Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, en las condiciones anotadas en la parte inicial de esta providencia, y no condenó en costas¹.

¹ No condenó en costas, no solo porque no aparece que se hayan causado, sino porque no advirtió una conducta procesal que así lo justificara.

3.1. Despachó desfavorablemente el cargo de incompetencia temporal no solo porque en el expediente no obra declaración tributaria alguna, sino porque el procedimiento de pago de los aportes parafiscales no está precedido de una declaración, por lo que mal podía concluirse su firmeza, conforme se deriva de la Ley 21 de 1982 y 119 de 1994.

3.2. Asimismo desechó el cargo relacionado con la motivación de los actos administrativos demandados. Consideró que la Resolución 2067 del 14 de agosto de 2013 incluye la liquidación 373, que estuvo precedida de previa visita, en la que se detallan la totalidad de los valores objeto de pago, y además, fue suscrita por el designado de la empresa.

Que incluso, Bancolombia por vía del recurso de reposición expuso sus argumentos en relación con el pago de aportes parafiscales derivado del auxilio de transporte extralegal, que constituye el objeto de controversia.

3.3. El Tribunal indicó que el objeto de controversia radica en la forma de liquidar los aportes parafiscales al SENA, en relación con el auxilio de transporte extralegal, que fue el único rubro que generó el mayor valor y el pago de intereses. Auxilio del que dice el SENA no existe pacto de desalarización, por lo tanto asumió que debía ser tomado como salario.

Precisó que se trata de un asunto de puro derecho, y que al caso no le es aplicable el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012, en tanto que la Resolución que libró orden de pago se refiere a los periodos 2008, 2009 y 2010.

Para resolver esa controversia, el Tribunal citó la Ley 21 de 1982, transcribió el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y esbozó jurisprudencia del Consejo de Estado y de otras Cortes sobre el tema. Al confrontar ese marco legal y jurisprudencial con la prueba existente, estableció que *“el auxilio de transporte solo es salario para liquidar prestaciones sociales, ya que no incrementa el patrimonio del trabajador, y en este sentido, su naturaleza no es la de retribuir el servicio prestado, sino contribuir en el pago de los medios de transporte que requiere el trabajador para llegar a su lugar de trabajo”*.

Razones que lo llevaron a concluir que *“el auxilio de transporte no debe ser incluido en la base para liquidar los aportes parafiscales, puesto que pese a que constituye un pago habitual, realmente no constituye salario; no se evidencia que se pretenda disfrazar el mismo, teniendo en cuenta la forma y la razón por la cual se paga, que lo es **ayudar al trabajador a desarrollar cabalmente sus funciones**; por lo tanto no haría parte de la base para la liquidación de los aportes parafiscales”*.

Resultado de todo esto, determinó que los actos demandados incurrieron en desconocimiento de las normas que regulan la base de liquidación de los aportes discutidos.

4. Recurso de apelación

La entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que sea revocada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

A su juicio, contrario de lo concluido por el Tribunal, el auxilio extralegal de transporte reconocido por Bancolombia a sus trabajadores, *“corresponde a un pago habitual acordado convencionalmente y otorgado en forma extralegal por el empleador, el cual claramente incrementa el patrimonio del trabajador, toda vez que [...] no obedece al auxilio legal de transporte que se reconoce a los trabajadores para cubrir el traslado de su residencia al lugar de trabajo, sino que es un auxilio adicional, que se reconoce en dinero y en forma habitual, el cual para que no sea considerado salario para efectos de aportes parafiscales, debe mediar pacto expreso entre las partes que desalarice dicho concepto”*.

5. Alegatos de conclusión de segunda instancia

51. **La sociedad demandante** sostuvo que al no tener el auxilio de transporte carácter retributivo del servicio, y por otorgarse para el desempeño a cabalidad de las funciones, no es constitutivo de salario el que se reconoce por convención colectiva a determinados trabajadores².

5.2. **La entidad demandada**, reiteró lo expuesto en su apelación.

5.3 **Concepto del Ministerio Público** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

Atendiendo al recurso de apelación, la cuestión jurídica a resolver se circunscribe a determinar si en el caso concreto el auxilio de transporte extralegal que reconoce Bancolombia S.A., a determinados trabajadores, hace parte o no de la base salarial para calcular la liquidación de aportes parafiscales a favor del SENA, por los periodos 2008, 2009 y 2010.

² Transcribió el artículo 21 de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente para los periodos fiscalizados por el SENA, que dice: *“A partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, el BANCO pagará un auxilio extralegal de transporte equivalente en su cuantía al Auxilio Legal, solo a los empleados cuyo salario básico mensual, una vez efectuados los incrementos salariales, sea inferior a dos millones veintiún mil pesos (\$2.021.000), en el primer año de vigencia de la convención”*.

2. Pagos que no constituyen salario. Por lo tanto no forman parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales a favor del SENA. El auxilio de transporte. El caso concreto

2.1. El artículo 17 de la Ley 21 de 1982 señala que para efectos de la liquidación del aporte parafiscal al SENA, se entiende por **nómina mensual de salarios** *“la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales”*

2.2. Conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990, *“[c]onstituye 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”*.

Es decir, todo pago en dinero o en especie hecho por el empleador al trabajador, sin importar el concepto o la denominación que se le atribuya, hace parte del salario, siempre y cuando corresponda a la retribución directa del servicio.

2.3. Conforme el artículo 128 del mismo Código, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, existen unos pagos que a pesar de ser recibidos por el trabajador de parte de su empleador, **no constituyen salario**, como es el caso de (i) las sumas que recibe ocasionalmente y por mera liberalidad, (ii) **lo que recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones**, (iii) las prestaciones sociales y (iv) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie.

Entre tanto, **el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 precisa que por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo**, se entiende que **los pagos por auxilio de transporte, no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al SENA**, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, el pago de auxilio de transporte no forma parte de la base para los aportes parafiscales, no solo por así señalarlo esta norma, sino que no es salario, toda vez que no se recibe como retribución directa de los servicios prestados³.

³ Ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 8 de febrero de 2011, radicado 11001-03-06-000-2010-00069-00, CP. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Incluso, desde su creación por la Ley 15 de 1959 se dijo que el objetivo del auxilio de transporte es subsidiar el costo de movilización de los trabajadores desde su casa al lugar de trabajo, y que no se computa como factor de salario. A partir de la Ley 1ª de 1963 (art.7º), es que se le considera incorporado al salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales.

Por eso, ni formal ni materialmente el auxilio de transporte puede ser tenido como factor integrante de salario, para efectos de la base para liquidar los aportes para fiscales, conforme con las normas mencionadas.

3. La decisión

3.1. Afirma el SENA que por tratarse de un auxilio de transporte extralegal, acordado convencionalmente por Bancolombia, que paga habitualmente, no obedece al propósito del auxilio legal. En su sentir, incrementa el patrimonio del trabajador y al no existir pacto entre las partes que lo desalarice, debe ser considerado como salario para efectos del aporte parafiscal a esa entidad.

3.2. Para esta Sala, no le asiste razón a la apelante por lo siguiente:

- El auxilio de transporte -por naturaleza- no es un elemento constitutivo de ganancia para el trabajador, ni contraprestación directa por su labor, sino un medio para desempeñar a cabalidad sus funciones, en tanto que permite el desplazamiento de quien labora hasta el sitio en donde se debe llevar a cabo el servicio por el cual recibe salario.

- En nada varía su naturaleza no salarial, el hecho que su pago sea habitual. Pues, como se indicó en precedencia, únicamente para liquidar prestaciones sociales se le considera salario.

Incluso, por expresa disposición del artículo 17 de la Ley 344 de 1996, los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al SENA.

- Así las cosas, diverso a lo que afirma la entidad apelante, la naturaleza del auxilio de transporte extralegal que reconoce la empresa demandante a determinados trabajadores es la misma que el auxilio de transporte legal, es decir, no constituye salario, dado que su finalidad es subsidiar o reembolsar los gastos de transporte del empleado al lugar de trabajo, para el desempeño de sus funciones.

Prueba de lo contrario no existe en el proceso, esto es, que ese auxilio de transporte extralegal tenga una connotación y finalidad diversa al auxilio de transporte legal. Por lo tanto, es de naturaleza no salarial.

En esa medida no se requiere de la existencia de un acuerdo entre las partes, en el que se manifieste que ese auxilio de transporte extralegal no se considera salario, como lo cree la entidad recurrente.

-Por lo tanto, como lo concluyó el Tribunal, no podía ser asumido en la base salarial para calcular la liquidación de aportes parafiscales a favor del SENA, como erradamente lo asumió esta entidad.

En consecuencia, no prospera el recurso.

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

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

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia del 21 de abril de 2016 de la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. **Sin condena en costas** en esta instancia.

3. **Reconocer** a la abogada Adriana Ramírez Aponte, como apoderada del SENA-Regional Antioquia.

4. **Devolver** el expediente al Tribunal de origen, una vez se halle en firme esta decisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ