

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|-------------|---|
| RADICADO: | 760013331014 20120020601 |
| DEMANDANTE: | DISTRIBA LIMITADA distriba@hotmail.com libardoromero1997@hotmail.com |
| DEMANDADO: | INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- notificaciones.judiciales@icbf.gov.co jlopezb@procuraduria.gov.co |

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO POVEDA PERDOMO

Sentencia de segunda instancia No. 009

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(Resuelve apelación sentencia)

Se encuentra tramitado en legal forma el proceso, motivo por el cual procede la Sala a proferir la sentencia de segunda instancia a efectos de resolver recurso de apelación presentado por la parte demandante, en el asunto de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad **DISTRIBA LIMITADA**, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en adelante **ICBF**.

La sentencia de primera instancia es del 5 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Cali (folios 364 a 375) que decidió negar las pretensiones y condenar en costas a la parte vencida en el juicio.

I. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El ICBF expidió la Resolución nro. 0424 de 27 de febrero de 2012, que determinó y ordenó a DISTRIBA LIMITADA pagar la suma de \$11.034.963, por concepto de ajustes a los aportes parafiscales del 3% de los periodos

diciembre de 2007, julio y diciembre de 2008, marzo, abril y diciembre de 2009, abril, junio, noviembre y diciembre de 2010, abril, junio, agosto y diciembre de 2011, conforme la Liquidación de Aportes nro. 199101, del 17 de enero de 2012, con intereses "de usura".

La demandante interpuso recurso de reposición contra la liquidación antes referida, resuelto por la demandada mediante la Resolución nro. 1354 del 14 de mayo de 2012, confirmándola.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO

2.1. Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (**CPACA**), el apoderado judicial de DISTRIYA Limitada formuló las siguientes pretensiones (folios 225 y s.s.):

1. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 0424 de 27 de febrero de 2012, por la cual se determina a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la obligación a cargo de DISTRIYA LTDA.

- Resolución No. 1354 de 14 de mayo de 2012, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución No. 0424 de febrero 27 de 2012.

2. Consecuencia de la anterior declaratoria, RESTABLECER EN SU DERECHO a la sociedad **DISTRIYA LTDA**. NIT. 815.001.444.8, disponiendo:

- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Valle del Cauca, determina y ordena el pago de una obligación a su favor, por un valor total de ONCE MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$11.034.963,00) por concepto de ajustes a los aportes parafiscales del 3%. Según el ente fiscalizador, dejados de cancelar por mi representada, durante los siguientes periodos: diciembre de 2007, julio de 2008, diciembre de 2008, marzo de 2009, abril de 2009, diciembre de 2009, abril de 2010, junio de 2010, noviembre de 2010, diciembre de 2010, abril de 2011, junio de 2011, agosto de 2011, diciembre de 2011, según la

liquidación de aportes nro. 199101, de fecha 17 de enero de 2012, más los intereses causados diariamente; en este sentido sírvase rechazar los ajustes a los parafiscales realizados por el ICBF, que a la postre son definitorios en la determinación de la obligación a cargo de DISTRIYA LTDA., pues la suma que fue pagada por la sociedad a sus empleados y contabilizada en el PUC bajo el código 529505 – Comisiones y, respecto de la cual no se efectuó el consecuente cálculo y pago de aportes parafiscales, porque los mismos no forman parte del salario.

- [...]

- Que en la sentencia se ordene de inmediato la devolución del saldo a favor por valor de ONCE MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE. (\$11.034.963,00) originado en la declaración del sexto bimestre de 2009, con el pago de los intereses corrientes y moratorios calculados en la forma que lo prescribe el artículo 863 del Estatuto Tributario Nacional vigente al momento de la presentación de la presente demanda, el cual dice: [...]

- Se actualice de inmediato el estado de cuenta corriente de la SOCIEDAD DISTRIYA LTDA., eliminando cualquier obligación a su cargo por parafiscales, e intereses de mora, respecto de los periodos arriba señalados.

3. Condenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Valle, a pagar las costas del proceso incluidas las agencias en derecho, porque están demostrados los elementos fácticos y de derecho que prueban la irregularidad del ente fiscalizador.

En el concepto de violación señaló como disposiciones apartes de la Ley 344 de 1996, del Código Laboral, del Estatuto Tributario y del Código de Procedimiento Civil (**CPC**, hoy **CGP**), junto a jurisprudencia, resumido así:

El aporte parafiscal se fija legalmente en el equivalente al 3% del valor de la nómina mensual de salarios, concepto previsto en la Ley 21 de 1982 y en los términos de la ley laboral. En efecto, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo (**CST**) señala los elementos integrantes del salario mientras el siguiente artículo, el 128 modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, explica los pagos que no constituyen salario como son los beneficios habituales u ocasionales que las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario.

Agrega que lo expresado tiene concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996:

<<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 Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas en la Ley 100 de 1993.>>

Infiere del relato que existe una interpretación errónea de la ley por parte del ICBF a pretender definir lo que constituye salario con desconocimiento de lo pactado en los contratos por autorización expresa de la ley.

Manifestó que, por lo anterior, existe carencia de motivación válida y falsa motivación porque rechaza la base de liquidación de aportes parafiscales de DISTRIYA LTDA.

No presentó alegatos de conclusión.

2.2. Contestación de la demanda

El ICBF en términos generales aceptó los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda, y presentó como excepciones las de cobro de lo debido e innominada.

Explicó que el plan único de cuentas tiene previsto que los pagos por comisiones se registran en la cuenta 520520 y no en el código 529505 de gastos diversos-comisiones, como lo hizo la demandante (folios 277 a 282). Hizo una breve explicación sobre los conceptos de salarios, salario en especie, las formas y libertad de estipulación del salario, para concluir que <<las comisiones no se pueden pactar como un pago no constitutivo de salario, esto por cuanto su naturaleza es netamente remunerativa y ningún pacto entre empleador y trabajador puede cambiar su naturaleza>>.

En los alegatos de conclusión se insistió en la tesis propuesta en su contestación de la demanda.

2.3. Sentencia apelada

El 5 de junio de 2014, el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Cali dictó sentencia en la que denegó las pretensiones, con fundamento en las siguientes consideraciones (folios 364 a 375):

Señaló que el litigio se circunscribe a resolver con dos preguntas: la primera, si los pagos registrados en la cuenta 595205 corresponden a ingresos salariales, y, la segunda, si esos ingresos debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación y pago de los aportes parafiscales de los años 2007 a 2011.

Enseguida desarrolla el concepto de salario, resalta lo que constituye salario y lo que no, para concluir que

<<Significa lo anterior, que para efectos parafiscales, cuando existen pacto o acuerdos de pagos que no constituyen salario, se dará aplicación al artículo 17 de la Ley 344 de 1996 el cual dispuso que, ha de entenderse que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salarios y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al SENA, ICBF y ESAP, régimen del subsidio familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas en la Ley 100 de 1993>>. (Sin correcciones de la Sala).

Enseguida trajo una cita jurisprudencial, del 1 de noviembre de 2012, en donde el Consejo de Estado señaló que, para deducir de expensas que no son salario, los contribuyentes deben probar que la expensa no tiene carácter salarial, mientras que las liquidaciones oficiales no se pueden limitar a manifestar que una expensa constituye salario porque retribuye el trabajo, sino que lo debe comprobar.

La sentencia concluye que la liquidación de los aportes parafiscales debe hacerse con base en los factores que constituyen salario según la ley.

2.4. Recurso de apelación

La demandante apeló y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia porque, igual que el ICBF, no reconoce efectos a las disposiciones legales que señaló en la demanda como indebidamente interpretadas, debía hacerse como explican la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad de algunas normas de la Ley 50 de 1990 y el Consejo de Estado.

2.5. Alegatos de conclusión

En el término de traslado, del recurso de apelación, las dos partes presentaron sendos escritos en los cuales insisten en sus respectivos argumentos previos.

2.6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, le corresponde a esta Judicatura pronunciarse sobre la sentencia de primera instancia con la cual denegó la declaración de nulidad de los actos acusados.

El litigio, como la impugnación, recae estrictamente en cuanto a la aplicación, según la interpretación o el alcance que pueden tener los acuerdos celebrados por las partes, dentro del contrato de trabajo, sobre lo que no constituye salario, que será la base para liquidar los aportes parafiscales a favor del ICBF que correspondía a la demandante en los periodos en discusión.

Lo expresado anteriormente tiene incidencia en la apreciación de los medios de prueba, como se sustentará más adelante.

2. En primer lugar es pertinente resaltar que, en el debate no se incluyó ni la posibilidad de un error en el código o en la casilla en la cual contablemente se deben incluir las comisiones ni, por lo mismo, la definición acerca de una consecuencia legal para esa hipótesis, tampoco en el concepto de nómina de salario. Lo anterior no solamente

explica, sino que también justifica, que esta Sala no se detenga en valorar si hubo o no tal equivocación.

3. Ahora bien, frente al fondo del asunto se considera que el artículo 2 de la Ley 27 de 1974, modificado por el artículo 1 de la Ley 89 de 1998, prevé que todos los patronos de las entidades públicas y privadas tienen la obligación de aportar el 3% del valor total de su nómina mensual de salarios, con el objeto de que el ICBF atienda la creación y sostenimiento de los centros de atención integral.

Dichos aportes se deben liquidar y pagar teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios que, según el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, comprende la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario, en los términos de la ley laboral.

Por su parte, el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, señala lo que es salario, mientras el artículo 128 del mismo Código, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, explica lo que no constituye salario, precisamente lo que por ley estaría exento de parafiscales, con el siguiente tenor literal:

<<Art. 128. 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>>. (Se subraya)

3.1. El demandante plantea que la interpretación anterior se suma al artículo 17 de la Ley 344 de 1996, que impone:

<<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.

Las Entidades Públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar.

En los términos del presente artículo se entiende cumplida por la Entidades Públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982>>. (Subrayas agregadas)

Conforme con lo cual, para la lectura del precepto del código, hoy día, hay **dos** cosas que se excluyen del concepto de salario, las cuales son i) los pagos por auxilio de transporte y ii) los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario.

4. La interpretación efectuada en la sentencia C-521 de 1995, por la Corte Constitucional, respecto de la reforma introducida por la Ley 50 de 1990 a los artículos 127 a 132 del CST, es anterior a la interpretación legislativa de 1996, por lo que carece de utilidad para este litigio.

5. Para determinar la solución del presente caso, los hechos que se encuentran probados en el expediente son:

(i) En diciembre de 2011 el ICBF adelantó auditoría a la empresa DISTRIYA LTDA. sobre aportes parafiscales para verificar su liquidación (fls. 6 y 7).

(ii) El 17 de enero de 2012 el ICBF expidió liquidación oficial (fls. 10-20), además con Resolución 0424 del 27 de febrero siguiente ordenó el pago de los aportes parafiscales, por los periodos en discusión, que consideró adeudados.

(iii) La sociedad demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación bajo el argumento de no constituir salario lo excluido en los contratos de trabajo (fls. 21-24, 61 a 68), en los cuales y sobre aportes parafiscales se incluyó una cláusula en estos términos:

<<**CUARTA.**- EL EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios el salario indicado, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba.

PARÁGRAFO.- Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones ocasionales o cualquier otra que reciba durante la vigencia del contrato de trabajo, en dinero o en especie, no constituye salario.>> (Subrayas adicionadas).

Más adelante el contrato (ver folio 64) tiene una modificación en estos términos:

<<PRIMERA: Modificar el Contrato de trabajo en cuanto a la forma o manera de remuneración.

SEGUNDA: Las partes de común acuerdo y a partir de los cobros que se efectúen en adelante deciden que la remuneración del empleado, será solamente regida por la siguiente tabla de comisiones por venta y cobros y la cual está sujeta a variación periódicamente; [...]>> (La Sala subraya)

(iv) El 14 de mayo de 2012, el ICBF expidió la Resolución 1354, mediante la cual confirmó en su integridad la decisión, bajo el supuesto de que los auxilios habituales, las comisiones, retribuyen directamente el trabajo de los vendedores y por ello se deben considerar base para liquidar los aportes parafiscales del Instituto. (fls. 34-42).

(v) El ICBF inició el cobro coactivo de tales aportes parafiscales el 31 de julio de 2012, libro mandamiento de pago, ordenó medidas cautelares de embargo (fls. 46-47 c. ppal., 150-152 c. 2).

(vi) El cobro ejecutivo fue suspendido por acuerdo de pago (fl. 50 c. ppa.), mediante la Resolución nro. 020 de 20 de septiembre de 2012 (fl. 194. C2).

(vii) El testimonio de quien hizo la auditoría por el ICBF, da cuenta de que él llegó a esa conclusión de estar mal liquidación de la empresa porque las comisiones son incentivos mensuales al personal de ventas por lo que su pago está directamente relacionado con la labor de vendedores del trabajador y la retribuye por lo que determinó y ordenó a la demandante

pagar la suma que consideró adeudada por concepto de parafiscales al ICBF, por los periodos en discusión. (fls. 311-315).

(viii) Para la elaboración de la prueba pericial la contadora LEDYS ALEXANDRA AMÉZQUITA revisó los pagos de nómina y los pagos de aportes sobre nómina e incentivos, tomó de ejemplo al vendedor Orlando Ospina por haber estado trabajando durante todos los años objeto de su estudio, concluyó que, a diferencia de los demás contratos, en los celebrados con los vendedores no se establece un salario básico sino que su pago corresponde a la liquidación mensual de las comisiones, condicionadas al cumplimiento de metas de la empresa, cuyo pago es mensual y se calcula por ventas o cobros efectivos dispuso (fl. 298), explica sobre su informe que <<En la penúltima columna se hacen los registros de cada uno de los pagos hechos por aportes obligatorios 4%>> agrega que <<En la última columna se hace registro del menor valor pagado por aportes del 4% mensualmente, durante los años de la revisión 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012>> y concluye:

<<... se ve explícitamente que no es un auxilio sino que son comisiones calculadas por ventas efectivamente hechas o por cobros efectivamente hechos por los vendedores no son por mera liberalidad condición para ser llamada auxilio o bonificación>>.

6. La nómina gravable, en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 es la <<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, además de los correspondientes a descansos remunerados>>, conforme conceptos del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 11001-03-06-000-2010-00069-00(2013) del 8 de febrero de 2011.

7. En el citado concepto, con fundamento en el entendimiento que da del artículo 17 de la Ley 344 de 1996, el subsidio de transporte <<es para efectos del trabajador factor salarial, no lo es para efectos de la base de liquidación de los parafiscales>>, y dice la norma <<que, ha de entenderse 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 SENA, ICBF y ESAP, régimen del subsidio familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.>>

Ahora, con esa norma, el problema, de los pagos, es el alcance de la expresión subrayada arriba acerca de que

<<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>>.

8. La Sala observa, la exclusión legal recae sobre ciertas prestaciones sociales de ley y <<beneficios o auxilios ... acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador>>, es decir, que sean extralegales, no importa si son beneficios habituales u ocasionales, se trata de que sean adicionales a lo legal.

9. Tienen que ser beneficios o auxilios extralegales porque el lenguaje de la norma así lo indica: (i) La referencia en la primera parte es precisa sobre ciertas prestaciones sociales legales; (ii) Los ejemplos que da, la norma en su parte final, es de primas extralegales; (iii) La referencia a alimentación, habitación o vestuario, está precedida de la indicación de superar la ley, porque aquello estrictamente legal no necesita pacto expreso; y (iv) Los únicos beneficios o auxilios que se permite pactar que no constituyen salario en dinero o en especie son los que tienen por fuente convención o contrato.

10. Entonces, de lo dicho resulta que el beneficio o auxilio extralegal, originado en contrato o convención, es aquel que supera o va más allá de la obligación legal.

Por lo anterior, la prueba pericial no es acertada cuando hace alusión a aquellas expresiones, dice que <<no son por mera liberalidad condición para ser llamada auxilio o bonificación>>, en contra de lo expresado en la norma que dispone por fuente **convención o contrato**, en parte alguna exige que sea por liberalidad del empleador.

11. Para los aportes parafiscales, recuérdese que se liquidan en un 9% del valor de la *nómina* del empleador, distribuido en un 4% para las cajas de

compensación, el 3% para el ICBF¹ y el 2% para el SENA. Esto evidencia otro error en la prueba pericial, pues no tiene en cuenta las normas sobre el citado porcentaje, aún si asume la Sala como correctas las cifras de la nómina mensual de la empresa, pues afirmó en su dictamen, repetidamente, que correspondía al 4% y no al 3%.

12. Y la prueba pericial no se ordenó legalmente, porque su finalidad, fijada al decretarla (fl. 298), es que <<determine la base sobre la cual se liquidaron los aportes parafiscales corresponden a lo ordenado en las normas que rigen la materia.>> Es obvio, para la Sala, que no era posible reconocerle efectos a esa prueba, porque el juzgador es exclusivamente quien debe hacer ese juicio, demostrados unos hechos es la función judicial, del juez, definir si ellos corresponden a los previstos en la norma y sobre esa conclusión define efectos jurídicos.

13. En esos términos, la interpretación que sí es vinculante, se complementa o integra con el artículo del Código Laboral, que dispone son salario los <<porcentajes sobre ventas y comisiones>>, por lo que no lo será, exclusivamente, cuando se pacten como un **pago adicional**, es decir, por algo más allá del salario de ley, en convención o contrato, en beneficio del trabajador, solo así se podrá pactar que no constituye salario para liquidar los parafiscales.

16. El Consejo de Estado² ha expresado sobre lo anterior:

<<Así, por mandato expreso de las leyes que fijan la obligación de realizar contribuciones a favor del ICBF, la determinación de la base de los aportes viene dada en los términos establecidos en la normativa laboral, es decir, que la calificación de los emolumentos asumidos por el empleador a favor de su personal parte de la noción de salario contenida en los artículos 127 y 128 del CST.

[...]

1 Se creó con la Ley 21 de 1982, modificó con la Ley 27 de 1974 y la 7 de 1979, definió por el artículo 29 del Decreto 111 de 1996. El porcentaje se estableció, para el ICBF en el artículo 2 de la Ley 27 de 1974 en un 2% de la nómina mensual de salarios, igual a como reiteró el art. 39.4 de la Ley 7 de 1979, y aumentó con el artículo 1º. de la Ley 89 del 1988 al 3%.

2 Consejo de Estado, sentencia de 21 de junio de dos mil dieciocho 2018, M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, expediente 05001-23-33-000-2012-00148-01 (21898).

En suma, en virtud de lo establecido por la legislación laboral, para que una erogación se califique como salario debe: (i) ser una suma que habitual y periódicamente recibe el empleado; (ii) remunerar de forma directa y onerosa la prestación de un servicio; (iii) constituir un ingreso personal del trabajador en su patrimonio, y (iv) ser de carácter retributivo por la labor desarrollada; es decir, que se originen en el marco de una relación laboral.

[...]

14. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha sido enfática en que las convenciones y pactos para que ciertos emolumentos sean extrasalariales deben ser expresos, claros, precisos y detallados (sentencia del 16 de mayo de 2018, radicación 63988, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

<<En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo>>.

15. En el caso analizado la demandante pagó a sus trabajadores comisiones por ventas, que eran salario, no bonificaciones extrasalariales, no auxilios adicionales que permitiera la ley realiza sobre ellos pacto de desalarización, por lo que el juzgado halló que, en efecto, tales pagos fueron salariales y, en esa medida, hacían parte de la base gravable para liquidar los aportes parafiscales.

16. Lo pactado, en la modificación del contrato de trabajo (trascrito arriba del folio 64) deja claro que la única **<<forma o manera de remuneración>>** para los trabajadores es **<<a partir de los cobros que se efectúen en adelante deciden que la remuneración del empleado, será solamente regida por la siguiente tabla de comisiones por venta y cobros>>**, dicho de forma tan clara que ese era el salario, no existió pacto sobre beneficio o auxilio adicional, extralegal, para el trabajador que es el que la ley permite exclusión de los aportes parafiscales para el ICBF mediante pacto.

17. En conclusión, la cláusula contractual se refiere al salario al que tiene derecho por ley el trabajador, como comisión por ventas, no existe reconocimiento adicional a lo legal, por tanto, no es legítima, contraría el sentido de la norma de salarizar por contrato un pago sobre derecho legal del trabajador, es decir, que no sea adicional al salario legal y el acuerdo los indique de manera más específica, clara y expresa, al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

18. Finalmente, en relación con la condena en costas, el artículo 188 del CPACA, establece que la liquidación y ejecución de su eventual condena se regirá por lo dispuesto en el CGP.

Por su parte, el numeral 8.º del artículo 365 del CGP dispone que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el caso concreto, la Sala advierte que existe intervención del ICBF en el recurso de apelación, elemento de prueba que demuestra y justifica condena por concepto de costas en esta instancia, atendiendo, conforme con el numeral 4.º del artículo 366 del CGP, las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura.

Por otra parte, el apoderado del ICBF renunció al mandato y la entidad le otorgó poder a la abogada MARÍA FERNANDA GÓMEZ ROJAS quien acreditó estar inscrita ante el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia, del 05 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Cali dentro del radicado 76001-33-33-**014-2012-00206**-01.

SEGUNDO: Condenar en costas y fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **devolver** el expediente al despacho de origen.



La decisión adoptada en la presente providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Magistrado


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada

GPP