Deloitte.

Ministerio del Trabajo

Circular Externa No. 018 del 16 de Abril de 2012

Ministerio del Trabajo
República de Colombia

Libertad y Orden

Prosperidad para todos

CIRCULAR EXTERNA No. 00000018

16 ABR 2012

PARA: **Aportantes de contribuciones parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar.**

DE: **MINISTRO DEL TRABAJO**

ASUNTO: **IBL contribuciones parafiscales SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar**

El Ministro del Trabajo, en ejercicio de sus facultades legales en especial de las conferidas en el Decreto 4108 de 2011 y en consideración a las diversas inquietudes e interpretaciones frente al Ingreso Base de Liquidación de las contribuciones parasfiscales SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, en el marco de la normatividad vigente sobre la materia, y sin perjuicio de interpretaciones anteriores, se permite efectuar las siguientes precisiones para su debida observancia y cumplimiento en adelante:

I. MARCO NORMATIVO GENERAL

a) Obligatoriedad de pago de Aportes Parafiscales

El artículo 2º de la Ley 27 de 1974, modificado por el artículo 1º de la Ley 89 de 1988, creó la obligación parafiscal a favor del ICBF estableciendo que a partir de su vigencia todos los empleadores y entidades públicas y privadas destinarían a ese efecto una suma equivalente al 3% del valor de su nómina mensual de salarios.

El artículo 7º de la Ley 21 de 1982, determina que están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena (SENA), la Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Departamentos, el Distrito Capital y los Municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal y los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

El artículo 9º ibídem, establece que *"Los empleadores señalados en los artículos 7o y 8º de la presente ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes."*

b) Base de Liquidación:

El parágrafo del Artículo 1º de la Ley 89 de 1988, en relación con la base de liquidación establecio que estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982.

El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, establece que para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, 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.

II. VACACIONES COMPENSADAS

El Artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, define las vacaciones como un descanso remunerado de 15 días hábiles consecutivos, una vez cumplido el año de servicios; razón por la cual las vacaciones no se incluyen para la liquidación de las prestaciones sociales ni para la liquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por cuanto no constituyen factor salarial ni se incluye dentro del salario.

Sin embargo, tratándose de los aporte parafiscales, el Artículo 17 de la Ley 21 de 1982, establece que *"Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial 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." (Subryado es nuestro)*

De acuerdo con el mandato legal al ser las vacaciones un descanso remunerado, los pagos por dicho concepto hace parte del concepto de nomina mensual de salarios y por tanto, se incluyen en la base para liquidar los aportes parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar.

En el caso de las vacaciones compensadas, y ante la existencia de diversas y opuestas interpretaciones fundamentadas en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como son: a) Que las vacaciones compensadas en dinero a la terminación del contrato de trabajo o en la vigencia del mismo cuando el Inspector del Trabajo lo ha autorizado, por tener la connotación de indemnización compensatoria, desvirtúan la denominación de descanso remunerado, y bajo tal perspectiva no harían parte de la base para liquidar aportes parafiscales; y b) Que las vacaciones pagadas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o a la terminación hacen parte de la base para la liquidación y pago de los aportes parafiscales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, el Ministerio formuló consulta Consejo de Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esa alta corporación en Concepto No. 2.013 del 8 de febrero de 2011, con referencia a los factores que hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF, conceptúo: que para determinar la base de liquidación de los aportes parafiscales, las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella hacen parte del concepto de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982; así mismo estableció que, para efectos de determinar la base para el cálculo de los aportes parafiscales, además de la totalidad de los pagos hechos por descansos remunerados, los factores salariales que se deben considerar *"nómina"* en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 son los que la ley laboral reconoce como tales.

En el marco de la normatividad precitada, y bajo el entendimiento que el descanso remunerado de que trata el artículo 17 de la Le 21 de 1982, comprende tanto las vacaciones disfrutadas como las pagadas en dinero y por ende en ambos casos el pago se origina en la obligación de remuneración del descanso a que tiene derecho el trabajador, lo que determina su inclusión en la base sobre la cual se liquidan los aportes al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, este Ministerio, en aras de establecer un criterio unificado frente al tema, y acogiendo el concepto 2013 del 8 de febrero de 2011 de la Sala de Consuta y Servicio Civil, se permite precisar que las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella hacen parte de los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y, en consecuencia, hacen parte de la base para liquidar el aporte parafiscal al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar.

III. SALARIO INTEGRAL

El Decreto 1174 de 1991, reglamentó el numeral 2º del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, señalando que el salario integral es una sola suma convenida libremente y por escrito entre el trabajador y el empleador, suma que es la base para las cotizaciones del Instituto de Seguros Sociales, la liquidación de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la remuneración por vacaciones.

El numeral 3, del artículo 132, ibidem, que establecía que "Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación *Familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%)".* fue interpretado con autoridad por el Artículo 49 de la Ley 789 de 2002, señalando que, el salario integral no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se liquidarán sobre el 70%; sin embargo, el legislador guardo silencio frente a la liquidación del aporte parafiscal de las vacaciones del trabajador con salario integral, frente a lo cual y en una interpretación armonica y sistematica de la norma legal citada en precedencia, se debe aplicar la misma regla.

Por tanto, se debe entender que cuando se trate de remuneración o vacaciones en la modalidad de salario integral, los aportes parafiscales SENA, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar, se calcularán sobre el 70% de dicho salario o de las vacaciones según corresponda de acuerdo con lo establecido en el Artículo 49 de la Ley 789 de 2002.

IV. BONIFICACIÓN:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T., modificado por el por el artículo 14 del 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.*"

A su vez, el artículo 128 del C.S.T., modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, 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.

El Artículo 17 de la Ley 344 de 1996, preceptúa que "*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.*"

De acuerdo con las normas citadas, debe entenderse que en los casos en que la bonificación es reconocida por el empleador como retribución del trabajo y por el desempeño del cargo, deberá entenderse que hace parte integrante del salario en los términos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, así sea reconocida de forma habitual u ocasional y por tanto constituyen salario para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP y Régimen del Subsidio Familiar; no obstante, si las partes acordaron expresamente que la bonificación será reconocida por la mera liberalidad del empleador atendiendo a la gratuidad o voluntariedad, y no con el ánimo de retribuir el servicio, no constituirá factor salarial, para efectos de la liquidación de los aportes parafiscales con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP y Régimen del Subsidio Familiar.

IV. PACTOS DE DESALARIZACIÓN.

El Artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, señala que no constituyen salario *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.*

Sobre la desarización por vía jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481. Sección Segunda M.P. Hugo Suescún Pujols), al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, expuso lo siguiente:

"Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc)".

"Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo".

Con fundamento en los planteamientos anteriormente expuestos, este Despacho, se permite precisar que los pagos que recibe el trabajador y que sean objeto de pactos de desalarización acordados previa y expresamente no constituyen salario para la liquidación de aportes parafiscales con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar, siempre y cuando éstos no desconozcan los elementos consagrados expresamente por el legislador como integrantes del salario so pena de las sanciones y multas a que haya lugar.

En todas las ocasiones en que los empleadores presenten al fiscalizador pactos de desalarización celebrados mediante acuerdo expreso o con sus trabajadores, se entenderá que éstos han sido otorgados de buena fe; no obstante, si del ejercicio de fiscalización se observa alguna situación que sugiera el desconocimiento de los derechos a favor del trabajador, se correrá traslado a la autoridad competente con el fin de que determine la existencia de posibles cláusulas ineficaces.

V. VIATICOS

Según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en lo que tenga por finalidad proporcionar medios de transporte o gastos de representación; los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso; la citada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-081 de 1996, considerando que para efectos salariales la distinción legal entre viáticos permanentes y ocasionales, se encuentra ajustada a la Constitución Política.

El incumplimiento de lo dispuesto en la presente circular, dará lugar a la imposición de sanciones por parte de las entidades y organismos de inspección, vigilancia y control competentes.

Dada en Bogotá a los 16 ABR 2012

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL PARDO RUEDA
Ministro del Trabajo