

1200000 9 4 8 2 8
Bogotá D.C. 29 MAYO 2015

URGENTE

Señor
CARLOS GIOVANNI RODRIGUEZ
Gerente División de Impuestos y Servicios Legales
Colsulting & Accounting S.A.
Carrera 16 No. 93-92
Bogotá D.C.

ASUNTO: Radicado 33639
Laboral individual- Que es salario- Exoneración de aportes

Respetado señor Rodríguez:

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si las prestaciones sociales son salario y a consecuencia deben ser tenidas en cuenta para efectos de calcular los 10 SMMLV para efectos de la exoneración de aportes, para lo cual le indicamos:

En primer lugar, le indicamos que una de las funciones de esta Oficina es la de absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas de la legislación colombiana sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal, por tal razón la respuesta a su solicitud se dará en tal sentido.

Como primera consideración resulta necesario indicar que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, establece cuales son los elementos constitutivos del salario a saber:

*"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. 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"* (Negrilla fuera de texto)

De la norma preinserta es preciso decir que la misma menciona algunos factores que integran o constituyen salario, **sin que sea taxativa**, esto quiere decir que no solamente los elementos que

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co

indica la norma son salario, por el contrario, cualquier retribución directa que se otorgue al trabajo por su servicio, sin importar el nombre que a la misma se le dé, constituirá salario.

Por su parte, el Artículo 128 del mismo código, el cual fue modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, contempla los pagos que se hacen al trabajador que no constituyen salario, al señalar en su tenor literal:

"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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 puede observar claramente que el artículo 128 contempla cuatro (4) categorías de pagos que no constituyen salario así:

1. Sumas entregadas por la mera liberalidad (por la propia voluntad) del empleador.
2. Lo que recibe trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.
3. **Las prestaciones sociales.**
4. Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que hayan sido acordados por convención colectiva o mediante contrato, o que hayan sido otorgados de manera extra legal por el empleador, siempre que las partes del contrato de trabajo hayan estipulado expresamente que no constituyen salario.

De las categorías que se mencionan, las Nos. 2 y 3 no adquieren la calidad de pagos que no constituyen salario y por tal razón no son objeto de pactos de exclusión salarial, pues de suyo no constituyen factor salarial, es decir, por su propia naturaleza, pues en el caso de los pagos mencionados en el numeral 2, se hace referencia a elementos o herramientas de trabajo.

En cuanto a las prestaciones sociales (mencionadas en el numeral 3°), **aquellas no son salario por expresa disposición legal, como en el caso de la prima de servicios (artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo), o por discernimiento jurisprudencial, como es el caso de auxilio de cesantía.**

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-823 de 2006[1], indicando cuál es la naturaleza jurídica del auxilio de cesantía, así:

"(...)

*La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, **y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las "Prestaciones Patronales Comunes".***

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores^[18] mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (Art. 1° Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, el auxilio de cesantía quedó sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional contemplado en el código sustantivo del trabajo (Arts. 249 y ss), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Igualmente, se pronunció nuevamente la corte constitucional en sentencia C - 310 de 2007, refiriéndose al aparte antes transcrito de en la sentencia precitada, al decir:

"Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación[19].

No se trata estrictamente de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado o de la eventual duración de la desocupación; además el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su vínculo laboral con el empleador."

De conformidad con lo considerado por la Corte Constitucional y lo señalado en el Artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo, le indicamos frente a su consulta que las prestaciones sociales no constituyen salario, por lo cual considera esta Oficina que no se deben tener en cuenta para calcular el tope de los 10 SMMLV para efectos de la exoneración de aportes parafiscales indicada en el Artículo 25 de la Ley 1607 de 2012.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,


ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Oficina Asesora Jurídica

Proyecto: Karen D. 06/05/15
Revisó: Zully Avila