

## **Concepto 147921**

**Concepto N° 147921**

**25-07-2013**

**Ministerio del Trabajo**

1200000

Bogotá

Respetada Señora.

De manera atenta, atendiendo a su consulta recibida en esta entidad bajo el radicado del asunto, nos permitimos aclarar sus inquietudes referentes al campo de aplicación del límite del 40%, para pagos no constitutivos de salario, establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en los siguientes términos:

En su momento el Ministerio de la Protección Social, mediante Concepto No. 101294 del 12 de abril de 2011, respecto a una consulta elevada en el mismo sentido, expreso:

*“El artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 señala:*

*“Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadoras particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.”*

*Esta norma es clara, en establecer una prohibición en el sentido, que para los efectos de la determinación del ingreso base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, los pagos no constitutivos de salario no podrán exceder el 40% del total de la remuneración.*

*Con el fin de determinar el alcance e interpretación de la expresión “pagos no constitutivos de salario” contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, debe tenerse en cuenta el contexto de la norma de la cual hace parte, así como el sentido general de la Ley 1393 de 2010.*

*En primer lugar es preciso mencionar que la Ley 1393, estableció las “Medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes”, lo que implica que su propósito no es el de modificar o redefinir ni el concepto de salario ni el de ingreso base de cotización, sino el de evitar algunas conductas o actuaciones de los empleadores y/o trabajadores que puedan llegar a tener por efecto reducir la base de sus aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. Por ello, debe partirse de la premisa de que para el correcto entendimiento de esta disposición, las normas que resultan en primera lugar aplicables son los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*El artículo 127 del CST establece la definición general de salario vigente en el derecho colombiano, el cual incluye “todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio”.*

*Por su parte, el artículo 128 del CST define los pagos que no se consideran salario y al respecto establece:*

*“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”.*  
*(Resaltado fuera del texto original).*

*De estas disposiciones normativas se puede establecer que el concepto general de salario incluye toda la contraprestación directa por el servicio, pero no forman parte del mismo ni las prestaciones sociales ni los demás emolumentos percibidos por el trabajador, cuando las partes han acordado expresamente que éstos no constituyen salario.*

*La Corte Constitucional en Sentencia C-521 de 1995, mediante la cual declaró EXEQUIBLES los aportes de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, frente al concepto de pagos no constitutivos de salario, en la parte considerativa, expresó:*

*“(…)*

*Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los arts. 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales”.*

*Por su parte, 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 artículos 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 5 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 aun cuando habitualmente se ha formado 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 celebrante 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 por esencia es salario, deje de serlo.*

*Los diferentes pagos laborales que recibe el trabajador del empleador, clasificados en la aludida sentencia como salarios, descansos, prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos no salariales tienen su fuente o causa en la relación*

*laboral, a que da origen el vínculo jurídico que surge entre el trabajador y el empleador con ocasión del servicio subordinado que el primero realiza en favor de éste, aunque cada uno tenga su propia significación y respondan a objetivos diferentes, como la retribución directa por la actividad laboral, o la que cubre los riesgos inherentes al trabajo, o constituye un resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador por la violación de sus derechos, o tiene el significado de una liberalidad o está destinada a facilitar la labor del trabajador, etc.*

*Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.*

*Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.*

*La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.*

*Con fundamento en lo anterior, se decidirá que los apartes de las normas que se acusan por el demandante son exequibles por no ser violatorios de las normas que se invocan en la demanda ni de ningún otro precepto constitucional.  
(...)”*

*Por lo tanto, el alcance de la expresión “pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares” contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, debe entenderse en el marco del artículo 127 y 128 del CST y de las Sentencias C-710 de 1996 y C-510 de 1995 de la Corte Constitucional que declararon su exequibilidad, norma ésta en virtud del cual el legislador autoriza a las partes celebrantes de 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; sin embargo y para efectos del pago de aportes del Sistema General de Seguridad Social por disposición expresa del legislador, estos pagos no podrán superar el 40% del total de la remuneración.*

*Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX del C.S. del T, no tiene carácter retributivo del trabajo, sino que se trata de un beneficio y derecho que se otorga al trabajador, por lo cual éstas para los efectos del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, no se entenderían incluidas dentro del concepto de remuneración.*

*En este orden de ideas y para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, los empleadores al momento de efectuar la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, deben verificar que los pagos no constitutivos de salario, de acuerdo con la definición que de los mismos establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no superen el tope del 40% del total de la remuneración; de ser así, las sumas que superen dicho monto se tendrán en cuenta como parte del Ingreso Base de Cotización –IBC- para el pago de los aportes a los Sistema de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales. A modo de ejemplo:*

*Un trabajador dependiente, recibe por concepto de salario básico mensual un valor de \$1.000.000.00 y además recibe un pago no constitutivo de salario por valor de \$800.000.00, siendo la cotización de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 la siguiente*

<i>Salario Mensual (Art. 127 CST)</i>	<i>\$1.000.000.00</i>
<i>Pago no constitutivo de Salario (art. 128 CST).</i>	<i>\$800.000.00</i>
<b><i>TOTAL REMUNERACIÓN</i></b>	<b><i>\$1.800.000.00</i></b>
<i>40% aplicado a la remuneración (art. 30 L. 1393/10</i>	<i>\$720.000.00</i>
<i>Valor superior al 40%</i>	<i>\$80.000.00</i>
<b><i>Ingreso Base de Cotización –IBC- Salario Mensual más valor superior al 40%</i></b>	<b><i>\$1.080.000.00</i></b>

*En nuestro ejemplo el Ingreso Base de Cotización a los Sistema de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales corresponderá a \$1.080.000 valor que resulta de la suma del salario mensual y el monto de los pagos no constitutivos de salario que excede el 40% del total de la remuneración en aplicación de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.”*

Con base en lo anterior, atendiendo a la consulta presentada, es preciso mencionar en primer lugar que conforme a la normatividad vigente para el caso de un trabajador que reciba un auxilio educativo, dejando claro que no es constitutivo de trabajo y debe ser cuantificable en dinero, es procedente que se le dé aplicación a la disposición señalada en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010

Ahora bien, respecto a su liquidación y forma de pago, en criterio de esta Oficina y si bien es cierto que el auxilio de educación, planteado en la consulta se destina principalmente para estudios de educación superior, los cuales según sus condiciones pueden ser de diferente duración lo que imposibilita realizar una liquidación mensual por un concepto ya pagado, tal circunstancia obligaría al empleador al momento de efectuar el pago de dicho beneficio a dar aplicación por analogía a lo señalado para el salario, que según lo dispone el artículo 134 del C.S. del T: *“debe pagarse por períodos iguales y vencidos (...) no mayor de un mes.”*

De lo anterior se desprende que para proceder a la liquidación del auxilio de estudio, establecido como no constitutivo de salario, siempre y cuando este valor supere el 40% del salario que devenga un trabajador, esta diferencia debe ser sumada para efectos de cancelar los aportes al sistema general de Seguridad Social Integral, para el período en el cual el empleador reconoció el beneficio.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo 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,

**ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA**

Coordinadora Grupo de Apoyo Jurídico, Normativo y de Consultas (E).