



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Ventajas y desventajas de los pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano

Ramón Alberto Barros Álvarez¹

Resumen

Al amparo de la cambiante realidad económica que llevó el cambio en el modelo económico en el país entrada la década de los noventa, el país acudió a una reforma laboral materializada a través de la Ley 50 de 1990, la cual, entre otros asuntos, modifica vía artículo 15 de esta ley, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo [CST], referente al salario; se consigna en el mismo que, en adelante, podían haber partidas recibidas por los trabajadores colombianos, no constitutivas en estricto sentido como factor salarial. Es así, como se surte una modificación en el aspecto jurídico del salario del trabajador colombiano, la cual ha requerido de aclaraciones por parte de las Altas Cortes, en cuanto por la misma se puede prever la existencia de una lesión jurídica a los derechos de los trabajadores, en lo referente a su compensación salarial y prestacional que por ley debe ser respetada. Por el desarrollo del documento se logra evidenciar que, los pactos de exclusión laboral según el ordenamiento jurídico colombiano, tienen en su aplicabilidad unas ventajas y desventajas, las cuales, en su generalidad, implica el reconocimiento de un pago ocasional a libertad de decisión del empleador que, de ninguna manera, se puede homologar con pagos salariales como son las comisiones.

Palabras claves: Salario, autonomía de la voluntad, acuerdos de exclusión salarial, beneficio ocasional laboral, sumas no constitutivas de factor salarial.

¹ Egresado del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Abstract

Under the changing economic reality that led to the change in the economic model in the country in the 1990s, the country came to a labor reform materialized through Law 50 of 1990, which, among other things, modifies Via article 15 of this law, article 128 of the Substantive Labor Code [CST], relating to wages; it is stated in the same that, henceforth, there could be items received by Colombian workers, not constituting in a strict sense as a wage factor. Thus, as a change in the legal aspect of the salary of the Colombian worker, which has required clarification by the High Courts, in so far as it can be foreseen the existence of a legal injury to the rights of the workers, in relation to their compensation and salary compensation that by law must be respected. Due to the development of the document, it is evident that the labor exclusion agreements under Colombian law have in their applicability advantages and disadvantages, which, in general, implies the recognition of an occasional payment of freedom of decision of the employer which, in no way, can be homologated with salary payments such as commissions.

Keywords: Wage, autonomy, wage agreements exclusion, labor occasional benefit, not constitute sums of wage factor.

Sumario

Introducción. 1. Pactos de exclusión laboral: una primera mirada sobre su discusión jurídica. 2. El salario en la legislación colombiana. 2.1. Pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial. 3. Panorama en los noventa de reforma laboral para Colombia. 3.1. El cambio jurídico-institucional de la década de los noventa. 3.2. Ley 50 de 1990. 4. ¿Para qué pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial? 4.1. Beneficios y desventajas de cara al trabajador. 4.2. Beneficios y desventajas de cara al empleador. 4.3. Algunos referentes a tener en cuenta para la firma de pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial. 5.

Análisis jurisprudencial. 5.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional. 5.2. Jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El pago de un salario justo se ha configurado como una de las demandas históricas del movimiento social obrero, en el marco de la reivindicación de los derechos laborales de los trabajadores en distintos países. Bajo este postulado, se puede afirmar que, el salario, es la base angular que media el desarrollo de las relaciones productivas en el sistema productivo actual, sobre el cual se debe anotar, aún no encuentra agotados la totalidad de conflictos que pueden surgir entre trabajadores y empleadores, la mayoría de ellos asociados al salario (González, 2002).

En Colombia, parte de las reivindicaciones dictadas durante lo corrido del siglo XX por el movimiento social obrero, lograron ser consignadas en la Constitución Política de 1991, la cual eleva a rango de constitucionalidad un catálogo de derechos fundamentales para el trabajo digno en el país, como se interpreta del preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 17, 25, 26, 38, 39, 43, 44, 47, 48, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 64, 65, 67, 70, 71, 77, 122 al 131, 150, 215, 336 y artículo transitorio 57, siendo en su conjunto las directrices normativas directas o indirectas, sobre las cuales se debe desarrollar desde la fecha la política salarial del país.

En lo específico, se puede citar el artículo 53 que, define como principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia los de: igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad laboral; irrenunciabilidad a sus derechos laborales; facultades para transigir y conciliar derechos inciertos y discutibles; aplicación de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de normas; primacía de la realidad sobre las formas; garantía a la

seguridad social, la capacitación, el descanso y; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

De lo anterior se deriva la afirmación por medio de la cual se señala que, un trabajador en Colombia no pueda percibir una suma inferior a un salario mínimo legal vigente [SMLV] o, su proporcional al tiempo trabajado, como tampoco, que este pueda renunciar a sus derechos prestacionales o complementarios del salario, como sucede en el caso del derecho a vacaciones o las primas legales, afirmación que ha sido a su vez prolongada por la jurisprudencia constitucional, pudiendo para el caso citar Sentencias como la; T-149 de 1995; C-055 de 1999; C-968 de 2003; C-177 de 2005; C-070 de 2010; C-237 de 2014; T-426 de 2015; entre otras.

Sobre lo anterior se han suscitados muchos debates jurídicos y económicos, unos tendientes a visibilizar la manera como en ocasiones, el mercado falla a este reconocimiento u, otros, frente a lo restrictivo que se vuelven estas medidas para la dinamización de la economía (Ballesteros, 2002). Para el caso del actual documento, se parte por acoger la posición respecto a la necesidad jurídico-social de que existan este tipo de exhortaciones normativas, no obstante, no se deja de desconocer que, en efecto, el mercado a veces se hace a la sombra de esto, para no reconocer lo que por ley le corresponde a un trabajador.

En este sentido, el actual documento identifica que, ello puede pasar, en el caso de los pactos de exclusión laboral, los cuales, si bien son legalmente válidos, condicionan su pago para que del mismo no se derive un pago prestacional, ello en cuanto, se consideran ingresos extrasalariales. En consecuencia, lo que se pretende es precisamente mostrar las ventajas y desventajas derivadas de esta figura de pago hacia los trabajadores, para lo cual se hace displicente, ahondar en su naturaleza jurídica y discusión jurisprudencial, siendo estas las herramientas de análisis para final sentar un posición respecto a su afectación de los derechos laborales fundamentales en materia de pagos y prestaciones.

1. Pactos de exclusión laboral: una primera mirada sobre su discusión jurídica

Como punto de partida, se puede plantear la siguiente pregunta: ¿Cómo un trabajador se puede ver beneficiado por acogerse a un pacto de exclusión laboral? Buscando dar respuesta a esta pregunta, Paola Manrique (2014) propone que, es factible que el empleador proponga una figura así al trabajador, para con esto aliviar lo que le corresponde en su carga prestacional, o carga tributaria, sin embargo, anota que por ambas vías el mismo se ve afectado; esto, primero, porque le van a pagar menos, por ejemplo en pensión, nunca va a ser un beneficio y, segundo, que para el fisco colombiano, estos ingresos, aparentemente se perciben como ingresos laborales ocasionales, por lo mismo no cuentan como ingresos laborales.

En lo anterior, se decanta la propuesta que se desarrolla por el actual documento, que es, a saber, la aplicabilidad según la normatividad colombiana y su jurisprudencia, de los pactos de exclusión salarial, pues se ha encontrado que este, si bien es un tema que ha gozado de una relativa nutrida discusión jurisprudencial, en los documentos académicos no ha sido debatido ampliamente; sin embargo, en los que se halla se ha debatido de manera clara y rigurosa el tema, como lo es el caso de la tesis de maestría de Javier Fernández (2011), que propone los elementos de análisis claves que se tienen en cuenta para el desarrollo de la actual investigación.

Para determinar los límites y alcances de estos pactos de exclusión laboral, al amparo de la legislación colombiana, es necesario como ya se afirma revisar las posibles ventajas que esto acarrea para el trabajador este tipo de acuerdos, pero también se deben ver, las ventajas que esto genera en el empleador, y analizar entre otras variables, como lo hace Juan Jadeth (2012) o William Quintero (2013), los efectos de dichos acuerdos en la tributación, aunque este no sea el tema central que se agote en el documento.

En este sentido, es necesario revisar los efectos de estos tipos de acuerdos, los cuales aún en la actualidad se presentan en el mercado laboral colombiano, en el contexto de los acuerdos de pago laboral. Como se ha mencionado, es importante revisar los pactos de exclusión salarial, contemplando la variabilidad de la figura no solo por la lectura jurisprudencial de la misma, sino también en atención de las más recientes reformas tributarias que transformaron por ejemplo el pago de parafiscales de las empresas, o las reformas en materia laboral. Sobre esto último, se avanza en la siguiente sección del documento.

2. El salario en la legislación colombiana

Más allá de la discusión económica sobre salario real y salario nominal como cálculos que se tornan diferentes, o los tipos de remuneraciones en función del tipo contractual de vinculación laboral (por obra, productividad o dedicación) (Consultorio Contable, s.f), se puede señalar que el salario es una retribución en dinero o especie, que recibe un trabajador por el cumplimiento de un contrato laboral, más allá que este tenga la formalidad del caso (Morales y Velandia, 2003). Esto, se plantea con ocasión de lo expresado en el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo, que señala:

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.

El debate que suscita lo anterior, y que en gran parte es punto de partida en del análisis a realizar en esta investigación, corresponde a determinar la condición prestacional del mismo, a su vez, la condición que invocan la voluntariedad de las

partes, para considerar parte de este salario, no prestacional, esto, dado que no deja de generar dudas, que un empleado pueda entrar a debatir sin el temor que implica su subordinación y conservación del empleo, este asunto (López y Lasso, 2008). Lo anterior se plantea, con ocasión de la aplicabilidad de los pactos de exclusión laboral, que es el tema, que se entra a caracterizar a continuación.

2.1. Pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial

De entrada se quiere poner de manifiesto que los pactos de exclusión salarial, no aparecen como una referencia expresa en la norma, sin embargo, se hace alusión a los mismos cuando en lectura del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo [CST] que, con la reforma de 1990, introdujo una nueva categoría de referencia jurídica sobre los pagos no constitutivos de salario, conocida como pactos de exclusión salarial, o pactos de descalificación salarial. El CST en el artículo citado señala lo siguiente;

Pagos que no constituyen salario. 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, excedente 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.

En este sentido, lo que se pone como posibilidad legal mediado por un acuerdo entre el empleador y el trabajador, es que se puedan pactar pagos

monetarios o en especie, que no significan necesariamente salario. No obstante, su aplicabilidad está supeditada a que se cumpla simultáneamente, con los requisitos de pago ocasional y a liberalidad del empleador, siendo este un aspecto que se profundiza en la parte de discusión jurisprudencial del documento.

En otros términos, a lo que se está haciendo referencia es a sumas no constitutivas de factor salarial, lo cual no solo implica que no se pague como salario dichas cantidades, sino que adicionalmente no sean tenidas en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales, sean estas vacaciones, aportes a seguridad social, o indemnizaciones por terminación del contrato en los casos que suscita la ley, como también ante eventuales indemnizaciones moratorias, entre otros aspectos económicos.

Sin embargo, más adelante se verá, como la existencia de las mismas, no se soporta exclusivamente sobre una radical voluntad de las partes para así acordarlas, esto, dado que las Altas Cortes han marcado un derrotero en el asunto, en procura de delimitar al alcance de aplicabilidad de dichos pagos no constitutivos de factor salarial, pudiendo hacer mención por el momento, a que existen aún en el aspecto salarial, condiciones irrenunciables por parte del trabajador.

Por el momento lo que se quiere evidenciar, es que la condición de aplicabilidad de esta figura, tiene entre otras razones, su explicación socio-jurídica en la realidad cambiante del mercado laboral colombiano para la década de los noventa, como se entra a presentar a continuación. Lo anterior se funda en el argumento de que aun cuando esta figura se muestra como resultado de una mutua conveniencia entre las partes, lo que finalmente resultó siendo fue una de las maneras como se puede llegar a materializar las condiciones de precarización laboral de los trabajadores colombianos.

3. Panorama en los noventa de reforma laboral para Colombia

La transformación jurídico-política a la que asiste el país en la década de los noventa, implica que múltiples ámbitos jurídicos mutaran conforme al nuevo orden constitucional que invocó la Constitución de 1991, siendo uno de ellos el sector laboral, el cual, si bien tiene en su contenido un desarrollado con la Constitución de 1991 como se expuso en la parte introductoria del documento, antes en 1990, la reforma laboral también involucró unos cambios sustanciales (Arango y Hamann, 2013).

En este sentido, lo que se revisa a continuación tiene que ver precisamente con el cambio socio-jurídico y económico que se dio entrada la década de los noventa. En consecuencia, a continuación groso modo, se presenta el panorama que suscitó dicho cambio, revisando en lo puntual la incidencia de la reforma laboral de 1990, la cual tiene lugar con la expedición de la Ley 50 de ese año. Desarrollar este objetivo, es lo que se hace en esta segunda parte del documento.

3.1. El cambio jurídico-institucional de la década de los noventa

Como se ha señalado, el cambio en el modelo económico en Colombia, entrada la década de los noventa, se ciñó a la necesidad de generar un nuevo ámbito de contratación laboral que permitiera a los empleadores, ser más competitivos y productivos, bajo la premisa de crear más empleo, y con lo mismo apalancar el crecimiento de la economía nacional, vía una mayor modernización e internacionalización.

Si bien el objeto es sano y conveniente al análisis de una lógica de crecimiento y desarrollo nacional, lo cierto es que bajo este precepto, se inició un nuevo panorama en el mercado laboral, que de entrada parece ser en detrimento de los trabajadores, no por nada se encuentran trabajos como el de Róbinson Arí (2011), quien caracteriza uno de las aristas del fenómeno como la igualación bipartita entre empleadores y empleados para la celebración de acuerdos

laborales, es decir, en cumplimiento de una noción básica económica, oferta y demanda se ponen de acuerdo para tasar contratos.

En el fondo del asunto de la idea de Róbinson Arí (2011), se encuentra el componente central reflexivo del actual documento, en este orden, es a todas luces claro que en la celebración de contratos de trabajo el empleador lleva la ventaja sobre el empleado, y ejemplos sobre esto se pueden presentar bastantes, sea el caso de una persona que lleva un largo tiempo sin trabajo, si al conseguirlo el empleador le dice que parte de su salario no es prestacional, el empleado por más que quisiera negociar este punto con su nuevo contratante, prefiere aceptarlo con tal de salir de su condición de desempleo.

En este orden de ideas, y siguiendo la teoría económica, el trabajador, y más en sistemas económicos como el colombiano, es para muchos casos, precio-aceptante (Nívia, 1991), es decir, está sometido al imperio del empleador, muchos de ellos, que actúan de manera abusiva y presentan condiciones laborales para nada dignas en materia de recompensa salarial para el trabajador, y por lo mismo la categoría de subempleados que utiliza el Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE] (Rojas, Álvaro y Guevara, 2006), o la queja recurrente de profesionales que denuncian la oferta de sueldos pírricos a la hora de insertarse en el circuito del mercado laboral.

Lo anterior no es nuevo, pues como ya se plantea, fue parte del efecto de la transformación del mercado laboral colombiano, producto del cambio jurídico-institucional en la materia. Es necesario dejar claro que, antes de la década de los noventa cuando inicia todo este cambio, no es que se tuviera en el país un garantista sistema de vinculación laboral, empero, si de la mano del cambio económico en el país, iba también el cambio en la introducción del sistema político que viró hacia un Estado Social de derecho, lo menos es que en adelante se hubiera dado una mejora sustancial en el panorama laboral del país, que es una cuestión debatible a la fecha (Uprimny y Villegas, 2004).

Sobre lo anterior, si bien se pueden encontrar mejoras en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores colombianos, luego de promulgada la Constitución de 1991, los argumentos que usan quienes afirman que con todo y esto, también se ha asistido a una desmejora en la calidad del empleo, no son para nada descabellados o fuera de lugar. Por lo mismo, es necesario, en procura de un análisis más objetivo, ver el contenido de las reformas implementadas luego de los noventa, con especial atención de la Ley 50 de 1990, que es la que se entra a estudiar en seguida.

Sobre la norma en comento, se quiere ver cómo la misma da vía jurídica a los pactos de exclusión salarial, para con esto revisar si en efecto, esta nueva prerrogativa normativa ha instado al condicionamiento en favor del empleador en las relaciones laborales, en detrimento de los derechos constitucionales del trabajador, o si por el contrario, en un sano encuentro de intereses, empleador y trabajador negocian estas condiciones, con el objeto de encontrar una suerte de gana y gana para ambos actores, siendo lo dicho el problema central que se agota en el actual documento.

3.2. Ley 50 de 1990

Según lo comparten Paola Manrique (2014) y Mauricio Cárdenas (1995), la Ley 50 de 1990, fue la antesala a lo que siguió en el país como parte de la reforma a la estructura productiva, que tuvo lugar con la inserción en el proceso de internacionalización del mercado nacional, en consecuencia entonces, con el cambio del modelo económico que se consignó en la Constitución Política de 1991, fue según lo expone María Martínez (2014), la segunda reforma laboral del país; la primera ocurrió en 1965. Sobre el particular de los pactos de exclusión laboral, Paola Manrique (2014) señala;

Entre los cambios más memorables de esta reforma, ambientada por una posición neoliberal del gobierno, se encuentra el artículo 15 que adicionó el artículo 128 del CST, referente al salario, permitiendo que no todo lo que

recibiera el trabajador de su empleador fuera considerado como tal, siempre y cuando dichas sumas fuesen (i) ocasionales, por mera liberalidad y de aquellas que la norma señaló expresamente como posibles de ser excluidas de factor salarial, (ii) de las que recibiese en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, (iii) prestaciones sociales, y (iv) beneficios habituales u ocasionales acordados con el empleador de forma expresa. (p. 2)

El objeto de esta nueva figura, era por un lado aliviar cargas salariales de los empleadores, lo cual significa del otro lado, restar de obligaciones prestacionales a los trabajadores, sobre todo para los casos en los que se devengan altos salarios; no obstante, como señala Paola Manrique (2012 y 2014), luego de esto, los empleadores hicieron más recurrente el uso de esta figura, que incluían en los contratos de trabajo *otrosí*, que llevaban a la cada vez más ventajosa condición de los empleadores sobre los trabajadores.

Conectado con lo ya dicho sobre este nuevo marco económico, lo que se encuentra es que en los años siguientes el empleo, ahora mediado por figuras como estas y otras más tendientes a la flexibilización laboral, no se insertó en el panorama de mejora sustancial sino que, por el contrario, entró en un nuevo ámbito de precarización, donde condiciones laborales como la estabilidad o la calidad del empleo se vieron restringidas (Gutiérrez, 2003; Farné, 2002).

En los siguientes años de implementación de esta figura impulsada con la reforma de 1990, se comenzó a ver en las empresas, el uso de bonos como parte del pago de las retribuciones por el trabajo de los empleados, que bajo la figura legal de los pactos de exclusión laboral, implicaban unos pagos monetarios o no, que no sumaban a los cargos prestacionales de los trabajadores (Herrera, Melo y Ramírez, 2010), ahora, los beneficios y desventajas trae o trajo consigo esto para el trabajador, es lo que se explora en la siguiente parte del documento.

4. ¿Para qué pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial?

Con los elementos que se han brindado, se puede tener cierta claridad sobre el objeto de los pactos de exclusión salarial, y la manera conforme los mismos no son una innovación jurídica de cara a los beneficios del trabajador, empero, que hoy por hoy se sigan presentando este tipo de pagos, implica por un lado, el sostenimiento legal de la figura, y por el otro una suerte de beneficio para empleadores y trabajadores, que en lo cierto, no resulta siendo del mismo alcance (Pineda, 2016).

Al hacer referencia a la actualidad de la figura, se debe llamar la atención que no en todos los casos recibe la denominación aquí citada, por ejemplo, Paola Manrique (2014), acuña esta figura también bajo los denominativos de “auxilios”, “paquetes de beneficios”, “bonos de mera liberalidad”, “esquemas de compensación”, “acuerdos de exclusión salarial”, “planes generales de benéficos”, que aunque cambien en su llamado, no dejan de ser modo de aplicar lo consignado en el artículo 128 del CST.

Más allá de la este cuadro de apelativos, es necesario dar revisión sobre lo que resulta de aplicación del artículo mencionado del CST, por ello, a continuación lo que se hace es revisar tanto las ventajas como las desventajas, esto con el propósito de entrar a discutir en lo que sigue del documento, con las más recientes disposiciones normativas asociadas al tema, como también con el análisis jurisprudencial que ha hecho tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sobre la aplicabilidad de esta figura en el mercado laboral colombiano.

4.1. Beneficios y desventajas de cara al trabajador

Existe un aspecto que para algunos trabajadores puede parecer una ventaja, o para otros una desventaja; este corresponde a que el uso de esta figura,

implica que existan sumas no constitutivas de factor salarial, es decir, no se toman para el cálculo de sus prestaciones sociales, y allí se supone está el principal debate sobre la conveniencia o no del uso de esta figura en el pago de los trabajadores colombianos.

Ejemplificando lo dicho, está el caso de que si un trabajador gana menos de dos salarios mínimos, y recibe otros pagos no constitutivos de factor salarial a través de bonos o cualquier otra modalidad, dichas cantidades que pueden ser monetarias, no van a sumar para el cálculo de si sobrepasa o no el tope de los dos salarios mínimos sobre los cuales ya dejaría de recibir dicho auxilio económico.

También está quienes creen que si estos bonos no son constitutivos de factor salarial, va a ser menor el descuento que se va a hacer para el pago de EPS, empero, también está que así mismo va a hacer el aporte a pensión, aunque en la cotidianidad haya personas que no ven como beneficioso en el corto plazo, tener aportes altos a este rubro prestacional.

Sucedo también, que las personas que por ejemplo declaran renta, o se les hace retención en la fuente, no ven reflejadas las cantidades de estos bonos en el cálculo de estos aspectos, en este sentido, es una especie de pago exento de impuestos o no constitutivo de renta, y de allí que sea también visto por algunos trabajadores, con salarios relativamente altos, como beneficioso.

En suma, lo cierto es que de acuerdo al concepto que se tenga sobre el pago prestacional o la cuestión tributaria, está la condición que pone en debate que un trabajador se sienta satisfecho o no con la aplicabilidad de esta figura en la compensación que un empleador le reconoce por su trabajo, sin embargo, también hay unas condiciones de desventaja, como la ya mencionada de no aplicabilidad de esta sumas, para efectos de una indemnización si hubiere lugar a ella.

Como se dijo sobre las ventajas, estas no son en estricto sentido ventajas, sino que dependen del análisis que sobre las mismas quiera hacer cada trabajador, es decir, por ejemplo sobre el pago prestacional, hay personas que aun

cuando saben que tienen que pagar más salud, quisieran también tener un mayor aporte a pensión, dado que lo reconocen como en verdad sucede, como un ahorro.

Caso igual, es el que sucede con el aspecto tributario, dado que existen personas que quisieran tener un mayor nivel de retención, para aliviar el que luego sería el pago tributario, o lo ya dicho sobre las indemnizaciones, ya que se insiste, estos pagos no constituyen un rubro que sume al cálculo de un eventual pago de este tipo.

Este sería en términos generales, los argumentos de discusión sobre los cuales se puede encerrar en la actualidad el debate sobre la conveniencia o no para los trabajadores, de la aplicación de este tipo de pagos, sin embargo sobre las mismas existen unas aclaraciones jurisprudenciales, que son revisadas en la parte final del documento para el análisis de cierre, por ahora, se pasa a revisar también las ventajas para el empleador, sin hacer mención a sus desventajas, ya que no se logra identificar ninguna.

4.2. Beneficios y desventajas de cara al empleador

Señaladas las más relevantes ventajas y desventajas que trae para el empleado este tipo de compensación, se pueden intuir sobre las mismas cuáles son las ventajas para el empleador, y en efecto, así lo es, ya que sin que esto implique *per se* una posición de explotación laboral, en su racionamiento lógico el empleador siempre va a querer reducidos sus costos y gastos, entre los que se incluye el pago del factor trabajo, que inmiscuye el pago prestacional.

En su momento de creada la ley y el artículo en particular que legaliza este tipo de pagos, también mediaba en el asunto que los pagos laborales sumaban para el aporte a parafiscales, y aunque hoy técnicamente estos pagos ya no existen, sí siguen existiendo los aportes a seguridad social por parte del

trabajador, es decir, a hoy, todavía generar este tipo de pagos genera un alivio de pagos laborales para el empleador.

Resulta por lo anterior también evidente lo que sucede en el caso de las indemnizaciones, pues aunque un empleador no esté pensando en que va a indemnizar a sus empleados siempre porque a todos los va a retirar sin una justa causa, si puede esperar que en el momento que esto suceda, el pago sea el menor posible ajustado a lo que se consigna en la ley al respecto.

Es por esto, que la aplicabilidad de los pagos que no constituyen factor salarial, siempre serán una ruta de incentivo que van a utilizar los empleadores, para con sus empleados, no obstante, y esto como afirmación reiterada, no tienen un margen de aplicabilidad enteramente discrecional, dado que como se expone en el análisis jurisprudencial, las Altas Cortes han puesto límites en su aplicabilidad, lo cual restringe la condición de uso de la figura como se verá más adelante.

Existen a su vez desarrollos normativos que han permitido regular la aplicabilidad de este tipo de pagos de las empresas a los trabajadores, y es lo que sucede con ocasión de la expedición de la Ley 1393 de 2010, y posterior Resolución de Ministerio de la Protección Social, 2641 de 2011, que limitan el caso de los topes de estos valores no constitutivos de salario, como se entra a estudiar a continuación.

4.3. Algunos referentes a tener en cuenta para la firma de pactos de exclusión salarial o pactos de descalificación salarial

En 2010, se expide la Ley 1393 de 2010, que aborda el tema de rentas para la salud, y que para el estudio concreto del caso que se revisa en el actual documento, remite al artículo 30 que señala que; “los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”, y en desarrollo de la misma por parte de la

Resolución de Ministerio de la Protección Social, 2641 de 2011, la entidad señala en su considerando;

Que la regla prevista en la disposición legal precitada, es de aplicación únicamente para la determinación del Ingreso Base de Cotización – IBC, de los aportes obligatorios a los Sistemas Generales de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales de los cotizantes dependientes del sector privado.

Por esto, en el artículo 3 de la Resolución, que genera una aclaración sobre el Campo 44 de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes [PILA], sobre el Ingreso Base de Cotización [IBC], señalando de una parte los límites de 1 y 25 SMLMV para el pago de aportes, a su vez que confirmando el asunto tratado de en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, indicando al respecto lo siguiente;

En aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, el Ingreso Base de Cotización – IBC, de Salud, Pensión y Riesgos Profesionales, de aquellos empleados en donde los pagos no constitutivos de salario superen el 40% de su IBC, podrá ser diferente al IBC de Caja de Compensación, SENA e ICBF, sin requerirse algún tipo de novedad".

Sin embargo, con las más recientes modificaciones tributarias, los pagos que en otrora significaban aportes a parafiscales, ya no son pagados de igual manera por los empresarios, sin embargo, sigue existiendo el pago de salud, pensión y caja de compensación, que en una parte es asumido por el empleador para cada empleado.

En concordancia con lo visto, se identifica que existen algunas nuevas variaciones de aplicabilidad sobre lo que son los pactos de exclusión laboral, tal como se creó en 1990, sin embargo, en su estructura sigue operando como funcionalmente se originó, por ello, en la parte que sigue del documento, se busca presentar finalmente, el aspecto de lectura constitucional sobre lo dicho.

5. Análisis jurisprudencial

5.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el análisis constitucional del salario, el máximo tribunal constitucional ha señalado que la retribución salarial es un derecho irrenunciable de los trabajadores, y su lectura no se puede dar en un ámbito exclusivo de satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, pues, como se ha señalado en un vasto número de providencias, el derecho al pago oportuno y legal del salario, es clave en el funcionamiento armónico de los hogares en Colombia. Sobre el salario afirma que;

Según la jurisprudencia, la noción de salario comprende ámbitos adicionales al jurídico, “toda vez que la misma atañe a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al patrono (sic), sino también por “todos los beneficios, o contraprestaciones necesarios para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 2007)

En este sentido, el precepto constitucional que se pone de manifiesto es el pago legal y justo que corresponde a los trabajadores en Colombia, ahora, al revisar la legalidad del pago de valores no constitutivos de salario, la Corte se queda en definir que es válido contemplar pagos no constitutivos de salario, bajo el cumplimiento de unas premisas básicas que se desarrollan en Sentencia C-521 de 1995, que analiza los artículos 127 y 128 del CST;

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.

Lo que se presenta como parte del argumento de la Corte Constitucional, es que los pagos no constitutivos de salario, son a todas luces legales siempre que de una parte, se cumpla bajo la premisa de la voluntariedad de las partes, y por otra, no se vulneren derechos esenciales de los trabajadores, sin embargo, es una apreciación que queda en abstracto, y por ello la necesidad de ir a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que permiten en su discusión generar una mayor claridad sobre el tema.

5.2. Jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia

Como se ha visto, el carácter salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador por el cumplimiento de un contrato laboral, se circunscribe en lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del CST, que de manera taxativa menciona qué pagos que constituyen salario, y cuáles no, lo cual, con ocasión de lo ya revisado respecto a lo dicho sobre el particular por parte de la Corte Constitucional, conduce a una condiciones que pueden dar claridad temática.

Se resume, que el salario es una remuneración directa al trabajador, como contraprestación a la celebración de la prestación de un servicio, sea esta en dinero o en especie, más allá de la forma o denominación en la que la misma se pague. A este concepto constitucional, es el que se ciñe la Corte Suprema de Justicia, que en reiterada jurisprudencia ha señalado qué;

Es obligación que exista una relación laboral; que la suma percibida corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador, no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero y que constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que éste recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador. (Sentencia 1.518 de 2003 del Consejo de Estado, que remite a las sentencias de 7 de abril de 1994; de 21 de abril de 1995 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la del 13 de octubre de 1989 de la Sección Cuarta)

Sin embargo, existe una matización jurisprudencial sobre lo planteado, que se expresa en la Sentencia con radicado 30811 del 8 de Noviembre de 2006 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sobre la concurrencia de pagos que no siempre implican una contraprestación salarial como pago de la prestación del servicio del trabajador, pues como lo afirma el Alto Tribunal;

Para la Corte el anterior razonamiento del recurrente es equivocado al pretender que todo pago que reciba el trabajador en su calidad de tal y dentro de la ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, pues desconoce que desde antiguo la legislación laboral de nuestro país ha consagrado la existencia de diferentes pagos al trabajador que si bien tienen origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato que adquiere el trabajador, no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, esto es, por no corresponder a la retribución directa del trabajo. (...) en rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 30811 del 8 de Noviembre de 2006)

En aplicación de lo citado, por el pronunciamiento jurisprudencial se establece que existen pagos a los trabajadores, que aun cuando se realizan a contraprestación de los servicios prestados por estos, no implican necesariamente salario, y de allí que tenga toda la cabida jurídica, los pactos de exclusión salarial, celebrados también bajo la figura de exclusión de pagos hechos por el empleador con ánimo de liberalidad, citado así por el Ministerio de Trabajo, quien también apela a lo dicho al respecto, por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral;

Del punto anteriormente mencionado se extrae este segundo criterio, el cual consiste en excluir de los pagos que constituyen salario aquellos efectuados por el empleador con ánimo de gratuidad, lo cual se explicará de manera concreta más adelante, sin embargo podemos señalar las apreciaciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia a este respecto: “(..) la circunstancia de que una suma entregada a un trabajador no tenga causa en la mera liberalidad o largueza del empleador no la constituye en un acto de índole retributiva u onerosa en los términos en que entendió el

Tribunal esa esencial característica del salario (que echó de menos), esto es, la de remunerar los servicios laborales en forma directa” (Ministerio del Trabajo, 2006, p. 147)

Explican que lo anterior, sucede en el marco de la “exclusión de la autonomía de la voluntad de las partes”, la cual se acoge, como una situación por medio de la cual trabajador y empleado, acuerdan voluntariamente la celebración de pagos que no constituyen salario, sin embargo, se insiste en este carácter de voluntariedad cuando las partes como sucede en el común de los casos, no acuden a una negociación en igualdad de posición, sino en el marco de una reproducción de subalternada de roles, que condiciona indiscutiblemente la aceptación de este tipo de pagos por parte del trabajador. Sobre esto, el Ministerio identifica que;

Resulta claro que el principio de autonomía de voluntad de las partes cobra gran importancia en la determinación de los pagos que constituirán o no salario, pues es evidente que en los casos en que las partes intervinientes en la relación laboral deseen darle una connotación diferente a los pagos de naturaleza salarial, tendientes a restarle eficacia a dichos pagos, es evidente que no producirá efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca el carácter del salario si consideramos que este derecho está protegido por el carácter de cierto e indiscutible dentro del ámbito laboral, de igual manera, aunque las partes no acuerden el carácter del pago, su naturaleza procederá aun cuando no haya sido fijado directamente por las partes. (Ministerio del Trabajo, 2006, p. 147-148)

La entidad gubernamental, acude sobre lo dicho a lo planteado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, la cual en la caracterización de la exclusión de salarios, deja entrever que los mismos se deben presentar como premios, más no como comisiones que en todo caso constituirían una realidad salarial que en todo caso, por ejemplo en lo que corresponde a liquidación, se debe reconocer. En Sentencia 19323 de 2003, el Tribunal afirma;

(...) si dentro de un pacto de salario integral las partes acuerdan pagos adicionales por concepto de comisiones y no se ocupan de que éstas queden incluidas dentro de los factores que cubre aquel salario, la liquidación de la indemnización por despido, de las vacaciones u otro derecho laboral que venga al caso deberá hacerse con base no solo en la suma única convenida sino además en el promedio de las comisiones, sin que tenga ninguna importancia ni constituya impedimento para ello que las partes de común acuerdo hayan resuelto no dar con notación salarial a las dichas comisiones. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 19323 del 19 de Febrero de 2003)

En este sentido, la Corte reitera en la Sentencia 22.069, que no se puede equipar el pago por comisiones, con el pago de premios en el sentido que el primero no se puede colocar como parte de un pacto de exclusión salarial, dado que es parte constitutiva de salario, lo cual se puede leer como parte de una compensación que no es negociable su carácter salarial; un tipo de condición de irrenunciabilidad por parte del trabajador, que la Corte señala en los siguientes términos.

(...) no sobra agregar que esa primacía de la realidad y la ineficacia de cláusulas ilegales, en la forma ya evidenciada, lleva a que igualmente se descarte aquella según la cual de “pretenderse que el valor de los premios tuviere efectos laborales, por la voluntad expresa de las partes, los tendría exclusivamente en la cuantía necesaria para que el valor del salario, sumado a las prestaciones sociales, las vacaciones y los aportes alcanzaren el mismo valor total de los premios recibidos”. Ello es así, puesto que advertido que el pago por comisiones es salarial, sin que las partes pudieran pactar lo contrario, la consecuencia necesaria es que él tenga incidencia en la liquidación de prestaciones sociales y de vacaciones, sin que puedan imputarse estos conceptos a lo ya sufragado bajo el rubro de “premios”, que resultaron ser verdaderas comisiones. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 22069 del 27 de Septiembre de 2004)

Con ocasión de lo dispuesto en la Ley 1393 de 2010, el pago de beneficios a modo de pagos de exclusión salarial, no podrán ser superiores al 40% del pago total recibido sumado con el salario, y esto, dejando claro que de ningún modo se puede apelar a pagar las comisiones por esta vía, dado que los mismos de ningún modo se podrán, aun con la anuencia del trabajador, excluir como pago salarial. Adicional, se reitera que el cumplimiento ajustado a la ley del pago de los mismos, debe cumplir simultáneamente con las condiciones de pago ocasional y a liberalidad del empleador.

Conclusiones

Sobre lo visto se establece que, en el esquema de pagos extrasalariales, entendidos como sumas que no sean factor salarial que, un empleador le puede ofrecer a su trabajador, debe mediar la voluntariedad del trabajador para adherir a las mismas, sin embargo, en ningún caso, estos acuerdos pueden infringir un mínimo de derechos del trabajador, como puede suceder en el caso de acordar todo un pago extrasalarial por el desarrollo continuo de una labor, sin que exista salario en sí, y por ende, tampoco prestaciones sociales.

Es por ello que, al tratarse de premios o beneficios sin ninguna trascendencia en el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades jurídicas de la relación laboral, no es necesario que exista formalismo alguno para proceder con su pago, pues la liberalidad de pago por parte del empleador, conlleva a que no haya regulación más allá de la expresamente señalada a lo largo del documento y, en este sentido, a que por ejemplo se condicione el pago de los beneficios como parte de un acuerdo formalizado entre las partes.

Se insiste, en que estos pagos no se pueden realizar sobre conceptos que necesariamente se deben hacer como un rubro laboral, en particular mención al pago de comisiones, que es lo más tendiente a ser asimilado como pagos eventuales de los trabajadores, máxime si a través del contrato de trabajo, se

estipula el reconocimiento de las mismas como parte de la retribución por el cumplimiento del objeto del contrato.

Sobre lo anterior puede surgir la duda, sobre si el pago de este factor no salarial, se puede dar si es recompensa al cumplimiento central del objeto del contrato; al respecto, aunque la Corte Suprema de Justicia, insinúa que en la regla general no debe ser así, es claro que muchos de estos pagos en el mercado laboral ocurren en función del sobrecumplimiento de los objetos del contrato de trabajo.

Referencias

Arango, L. E., & Hamann, F. (Eds.). (2013). *El mercado de trabajo en Colombia: hechos, tendencias e instituciones*. Bogotá: Banco de la República.

Arí, R. (2014). Derecho Laboral: Del tripartismo al bipartismo (evolución, involución, mercado y servidumbre). *Principia Iuris*, 15(15), 17-38.

Ballesteros, C. A. (2002). Vigencia de los principios del derecho laboral en un mundo globalizado. Aplicación al caso colombiano. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 1(1).

Cárdenas, M. (1995). La respuesta laboral al neoliberalismo en Colombia: el contexto político. *Revista Innovar Journal Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, (5), 43-65.

Consultorio Contable (s.f.). Remuneración laboral. *Boletín 39*. Bogotá: Universidad Eafit.

Farné, S. (2002). *Efectos ocupacionales de una reforma laboral en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Fernández, J. (2011). *Condiciones para la celebración de pactos de exclusión salarial: aportes para su precisión y delimitación en el derecho laboral colombiano*. (Tesis de maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- González, P. (2002). Globalidad, neoliberalismo y democracia. En: González, P., & Fernández, J. (coordinadores). *El mundo actual: situación y alternativas* (45-55). México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Gutiérrez, J. (2003). La reforma laboral no garantiza la generación de empleo: prevalece el simplismo. *Semestre económico*, 6(11), 1-28.
- Herrera, A. M., Melo, L. A., & Ramírez, M. T. (2010). Incrementos y rigideces de los salarios en Colombia: Un estudio a partir de una encuesta a nivel de firma. *Revista de Economía del Rosario*, 13(2), 279-311.
- Jadeth, J. (2012). La tributación de la nómina y la función del revisor fiscal. *Apuntes Contables*, (16), 135-140.
- López, H., & Lasso, F. (2008). Salario mínimo, salario medio y empleo asalariado privado en Colombia. Un estudio exploratorio sobre la evasión al mínimo legal. *Borradores de Economía*, 484, 1-42.
- Manrique, P. (2012). *El salario mínimo vital y móvil en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Manrique, P. (2014). Los pactos de exclusión laboral. *Discurso laboral*, (24), 1-4.
- Martínez, M. (2014). *Evolución de los salarios y las desigualdades en Colombia: 1950-2000*. (Tesis presentada para optar al título de Magister en Historia). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ministerio del Trabajo (2006). *Legislación laboral. Observatorio del Mercado de Trabajo*. Bogotá: Ministerio del Trabajo.

- Morales, J. & Velandia, N. (2003). *Salarios, Estrategia y sistema salarial o de compensaciones*. Bogotá: McGraw-Hill.
- Nívia, J. (1991). Equilibrio, desempleo, demanda efectiva. *Boletín Socioeconómico*, (22), 103-126.
- Pineda, J. (2016). Colombia: el sesgo antilaboral del modelo de desarrollo y las políticas de formalización. *Cuadernos del CENDES*, 32(89), 103-139.
- Quintero, W. (2013). *Variables que afectan la determinación del ingreso base de cotización a seguridad social, y parafiscales*. (Trabajo de grado). Cali: Universidad Autónoma de Occidente.
- Rojas, R., Álvaro, M., & Guevara, D. A. (2006). Mercado de trabajo, subempleo, informalidad y precarización del empleo: los efectos de la globalización. *Economía y Desarrollo*, 5(1), 96-131.
- Uprimny, R., & Villegas, M. G. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En De Sousa, B., & Villegas, M. G. (editores). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 463-514.