

**LA FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL: ¿“ESTRATEGIA LEGAL” PARA
COMBATIR EL DESEMPLEO?**

Presentado a:

DR. CARLOS ALVAREZ PEREIRA

Presentado por:

ANGELA JULIANA ANGEL MERCADO

LINA MARIA SANCHEZ GUERRA

MONOGRAFÍA DE GRADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO LABORAL

2011

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
MARCO TEÓRICO.....	5
1. PAGOS LABORALES.....	5
1.1. Concepto y clases de Salario.....	5
1.2. Pagos que constituyen salario.....	7
1.3. Pagos que no constituyen salario.....	11
1.4. Aportes a cargo del empleador.....	19
1.4.1 Parafiscales.....	19
A) SENA.....	21
B) ICBF.....	21
C) Cajas de Compensación Familiar.....	22
1.4.2 Fiscales.....	23
A) Salud.....	24
B) Pensiones.....	29
C) Riesgos profesionales.....	33
1.4.3 Ley 1393 de 2010.....	34
1.5. Ingresos laborales gravables.....	36
2. LA FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL.....	37
2.1. Concepto de Flexibilidad.....	37
2.2. Flexibilidad laboral en Colombia.....	39
2.3. Concepto de flexibilización salarial.....	41
2.4. Esquemas de remuneración flexible	43
2.4.1. Auxilio de alimentación extralegal.....	43

2.4.2.	Auxilio de Vivienda.....	45
2.4.3.	Vestuario.....	46
2.4.4.	Primas extralegales de vacaciones, servicios y Navidad.....	47
2.5.	Beneficios y perjuicios de la flexibilización.....	47
2.5.1.	Para el trabajador.....	47
2.5.2.	Para el empleador.....	50
2.5.3.	Para el Estado.....	52
3.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	53
	CONCLUSIONES.....	57
	BIBLIOGRAFÍA.....	59

INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene como finalidad analizar una nueva figura que se esta presentando con cada vez más fuerza en el mundo laboral, llamada **FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL**, con el fin de establecer hasta qué punto ha sido beneficiosa o perjudicial, no solamente para el trabajador sino también para el empleador y el Estado.

La flexibilización salarial fue introducida por la legislación colombiana a través de la Ley 50 de 1990 donde se otorgó la posibilidad al empleador de que pacte con sus trabajadores que ciertos beneficios o auxilios recibidos de manera habitual u ocasional no fueran constitutivos de salario, generando una reducción en los costos laborales que debe asumir el empleador. Al ser una figura relativamente nueva, ha sido muy poco el desarrollo doctrinal que ésta pueda tener en nuestra legislación, por lo tanto este estudio busca desglosar tanto los beneficios como los perjuicios que se obtienen con la flexibilización salarial, desde varias ópticas; entendiéndose ello como la óptica del empleador, del trabajador y por supuesto del Estado. De igual forma, se tendrán en cuenta diversos pronunciamientos hechos por la Corte Suprema de Justicia para así entender el significado de la figura y su alcance.

El gran interrogante que se pretende resolver a lo largo de este escrito es descifrar si la mencionada figura, es o no una estrategia legal para combatir el desempleo que tanto

aqueja a nuestro país o si por el contrario es una forma de reducir los costos laborales y en nada afecta al desempleo.

MARCO TEÓRICO

1 PAGOS LABORALES

1.1 Concepto y Clases de Salario

El salario es la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica que regule la prestación personal subordinada de servicios, y así lo denomina el Código Sustantivo del trabajo en su Artículo 127 y siguientes.

El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 54 de 1992, define en su artículo primero: *“el término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador o un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”* De la anterior definición se puede inferir que el salario es aquella contraprestación que recibe una persona llamada trabajador de otra llamada

empleador por los servicios que presta el primero al segundo, sin importar el nombre que se le dé a dicho pago. Lo importante es que sea otorgado al trabajador como contraprestación directa por el servicio prestado, sin importar su denominación, debido a que toda persona tiene derecho a que se le pague por cualquier servicio que preste en beneficio de otra, a tal punto que la Corte Constitucional le ha dado el carácter de derecho fundamental.¹

Son entonces clases de salario:

- a) En dinero o en especie²: el salario en dinero es la forma más común de retribuir al trabajador; sin embargo, la ley permite la posibilidad hacer ciertos pagos en especie como son habitación, alimentación o vestuario, siempre y cuando el empleador los otorgue como contraprestación directa por el servicio prestado al trabajador o su familia, y no como instrumento de trabajo.
- b) Ordinario o extraordinario: El salario ordinario es aquel que recibe el trabajador por desempeñar sus funciones durante la jornada ordinaria establecida por la ley;

¹ Sentencia T-063 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández. “De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental (...) Para el trabajador, recibir el salario –que debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, como lo dispone el artículo 53 de la Constitución- es un derecho inalienable de la persona y por ende, el pago del mismo es una obligación del patrono”

² Código Sustantivo del Trabajo. “ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE. <Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el {empleador} suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 <128> de esta ley.

2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.

3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por el concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%).”

TEXTO ORIGINAL “ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE.

1. El salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia, como parte de la retribución ordinaria del servicio.

2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo y a falta de esa valoración se estimará pericialmente.”

mientras que el extraordinario es el que se recibe por ejercer sus funciones por fuera de la jornada ordinaria, como serían las horas extras, nocturnas, dominicales y días de descanso obligatorio, explicadas más adelante.

- c) Fijo, variable o mixto: será fijo el salario que se le pague a un trabajador cuando dicho pago sea igual todas las veces pues no va a depender de lo producido o de la eficiencia del trabajador; por el contrario, será variable cuando lo que recibe el trabajador como contraprestación directa por el servicio prestado va a depender de su eficiencia, de los resultados que genere, de las ventas que realice, etc.; y será mixto cuando el trabajador reciba una parte fija y otra variable.
- d) Integral: es una modalidad de sueldo que reciben aquellas personas cuyo salario sea de 13 o más SMLMV y que consiste en que dicho salario contiene las prestaciones sociales, los recargos, la primas legales de junio y diciembre y las extralegales, y las cesantías y sus intereses; esto quiere decir que durante todo el año el trabajador va a recibir la misma cantidad de salario pues dentro de esa cantidad van incluidos esos pagos adicionales que hace el empleador a quienes ganan menos de 13 salarios mínimos legales mensuales.

1.2 Pagos que constituyen salario

La Ley 50 de 1990, por la cual se introdujeron ciertas reformas al Código Sustantivo del Trabajo, consagró en su artículo 14 que el artículo 127 del mencionado código quedaría así: *“Artículo 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.”³ De lo anterior se puede establecer que lo que el legislador pretendió con este concepto fue establecer que todo lo que el empleador entregue al trabajador como retribución directa por el servicio prestado, sin importar si es hecho de forma habitual u ocasional, va a ser tenido en cuenta como salario.

Es fácil entonces, inferir que con la creación de este artículo se logró marcar una diferencia entre lo que constituye salario y lo que no, teniendo como pilar una contraprestación directa por el servicio es decir que se esté compensando directamente al trabajador por el servicio que ha prestado, pues el texto original del mencionado artículo sólo establecía que la remuneración debía implicar una retribución por los servicios, dejando un campo muy amplio para determinar lo que constituía salario. Por lo tanto, con el nuevo artículo queda en claro que para que un pago sea considerado como salario debe además de lo anterior, enriquecer al trabajador y no ser otorgado como instrumento de trabajo o como mera liberalidad del empleador.

Con el fin de que sea aún más fácil lograr identificar el impacto que va a tener la figura de la flexibilización salarial en lo que por ley es considerado salario y lo que no, pues entre más amplio sea el concepto de lo que se considera salario, menos campo dejará para la adopción de dicha figura, mientras que si se restringe el concepto van a ser

³ “Texto original del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. “*ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas comisiones o participación de utilidades.*”

Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, publicada en el Diario Oficial No 39.618 del 1o. de enero de 1991.

El nuevo artículo corresponde al artículo 128 del Decreto 2663 de 1950, su numeración inicial fue variada por la edición oficial del Código Sustantivo del Trabajo, ordenada por el artículo 46 del Decreto 3743 de 1950”

muchos más los casos en los que se pueda pactar la flexibilización salarial, entraremos ahora a identificar aquellos conceptos sobre los cuales tiene un impacto directo un pago salarial, es decir los que están directamente relacionados o se ven afectados por lo que es considerado como pago así NO sean constitutivos de salario:

1. Horas extra: ordinarias, nocturnas, dominicales y festivos ordinarias; y dominicales y festivos nocturnas
2. Dominicales y festivos: ordinarias y nocturnas
3. Vacaciones (al ser un pago que no constituye salario será analizado en el correspondiente capítulo)
4. Prestaciones sociales: prima, cesantías, intereses de cesantías y dotación de uniformes (al ser un pago que no constituye salario, será analizado en el correspondiente capítulo)
5. Seguridad Social: salud, pensiones y riesgos profesionales (será analizado en el correspondiente capítulo)

En primer lugar se encuentra el pago del salario extraordinario. Este pago, como se mencionó anteriormente es aquel que debe asumir el empleador cuando su trabajador labora fuera de la jornada ordinaria y por ende se le debe pagar un determinado porcentaje sobre el valor de su hora de trabajo, dependiendo de su salario. El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 158⁴ establece que la jornada ordinaria de trabajo es aquella que convengan libremente las partes sin exceder de la máxima legal, y si no llegasen a pactar nada, será la máxima legal; por lo tanto, serán horas extra aquellas que sean realizadas después de la jornada ordinaria y el empleador deberá pagar al trabajar

⁴ TEXTO ORIGINAL. “ARTICULO 158. JORNADA ORDINARIA. La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan a las partes, o a falta de convenio, la máxima legal establece que la jornada máxima de trabajo”

un 25% adicional sobre el valor de cada hora por cada hora diurna extra, teniendo como base el salario que recibe y lo que cuesta cada hora de trabajo. De igual forma, establece la misma ley en su artículo 160⁵ que cuando se trabaje entre la 6:00 a.m. y las 10:00 p.m. se entenderá que es trabajo ordinario, mientras que si se trabaja entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m. será llamado trabajo nocturno y el empleador deberá pagar por cada hora trabajada en horario nocturno el valor de una hora ordinaria más un 35% de tal valor y si es una hora extra nocturna será un 75% el recargo. Por último, encontramos los dominicales y festivos cuya razón de ser es que como son días de descanso obligatorio, si un trabajador debe laborar en estos días tendrá derecho a que por cada hora trabajada se le pague el equivalente a una hora ordinaria más un recargo de 75% adicionales sobre cada hora; si es una hora extra diurna en dominical o festivo será un 100% adicional y si es extra nocturna en dominical o festivo será de un 150% adicionales. Por lo tanto, el salario que recibe el trabajador va a tener una incidencia directa sobre el salario extraordinario que recibe.

Lo anterior es de suma importancia con el fin de tener claro qué constituye salario y qué no, y así lograr determinar qué impacto tiene la flexibilización salarial sobre lo que constituye salario y resolver el interrogante de si combate el desempleo o si fue simplemente una fórmula creada para disminuir los costos laborales del empleador.

⁵ *ARTICULO 160. TRABAJO ORDINARIO Y NOCTURNO. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>*

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.). Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 789 de 2002, publicada en el Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002

Texto original del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTÍCULO 160. TRABAJO DIURNO Y NOCTURNO. 1. Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las dieciocho (6 p.m.).

2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las dieciocho horas (6 p.m) y las seis (6 a.m.) .

1.3 Pagos que no constituyen salario

La Ley 50 también introdujo una modificación al Artículo 128⁶ del Código Sustantivo del Trabajo que establece los pagos que no constituyen salario. El nuevo artículo (art. 15 de la Ley 50 de 1990) establece que *“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.”*

El anterior artículo establece que los empleadores pueden otorgar ciertos beneficios y auxilios a sus trabajadores en forma extralegal y que tales beneficios podrán ser excluidos de la base salarial del trabajador, siempre y cuando haya habido un pacto previo entre las partes; de lo contrario, se tendrán como factor salarial. En primer lugar, establece que los pagos que sean hechos por mera liberalidad y de forma ocasional no van a constituir salario pues lo que se está otorgando al trabajador no es una

⁶ Texto original del Código Sustantivo del Trabajo: *“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, 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, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX.”*

contraprestación directa por el servicio realizado sino que el empleador decide libremente otorgar ciertas bonificaciones ocasionales como recompensa por un buen desempeño o porque la empresa recibió muy buenas utilidades.

En segundo lugar encontramos aquellos pagos que el empleador otorga al trabajador para que éste pueda desarrollar a cabalidad sus funciones o de una mejor forma, pero en ningún momento los está entregando con el fin de enriquecer al trabajador, sino como herramienta de trabajo, como sería el caso de un computador o de un vehículo de transporte que tienen relación directa con sus funciones y los necesita para llevarlas a cabo; por tal motivo el legislador los consagró como no constitutivos de salario al no otorgarle un beneficio directo al trabajador sino facilitarle la realización de sus funciones.

En tercer lugar, encontramos las prestaciones sociales, las cuales son una suma de dinero que recibe el trabajador, a cargo del empleador, de las entidades de seguridad social y de las cajas de compensación familiar, como beneficios otorgados por ley que en ningún momento son considerados como constitutivos de salario pero tal monto va a depender del salario que se devengue. Para el presente trabajo sólo se tendrán en cuenta las prestaciones establecidas por ley a cargo del empleador, pues hay casos en donde adicionalmente se establecen otras en los pactos o convenciones colectivas.

- a) Prima Legal de Servicios: Es un pago que debe realizar el empleador al trabajador cuyo fin es que el trabajador participe de las utilidades de la empresa, por tal motivo, la ley establece que sólo recibirán prima legal de servicios las personas que estén vinculadas a una empresa, siempre y cuando la labor que realicen sea por un término mayor a un mes, es decir que no sea transitoria u

ocasional. De igual forma, la ley excluye de dicho pago a los trabajadores que reciben salario integral pues en esta clase de salario se paga todos los meses la misma suma de dinero de tal forma que quedan comprendidos ciertos pagos como la prima legal de servicio, entre otros; también se encuentran excluidas las empleadas del servicio doméstico y los choferes de familia pues para la legislación colombiana no se tiene como empresa el hogar debido a que no genera utilidades.

El Código Sustantivo del Trabajo establece en su artículo 307 que “*la prima anual no es salario, ni se computará como factor de salario en ningún momento*”(Texto original) sin embargo, cuando se hace uso de la flexibilización salarial, la prima que va a recibir el trabajador va a ser menor que la que realmente debería recibir puesto que dicho pago equivale a un mes de salario por un año trabajado, pagadero en dos oportunidades, así: quince días de salario por seis meses trabajados y en el caso en que se haya trabajado un periodo inferior a seis meses se hará proporcional al tiempo trabajado, pero siempre sobre el salario que devengó el trabajador .

- b) Cesantías: Fueron consagradas en la legislación laboral como una especie de ahorro que hace el empleador por cada trabajador, para protegerlo en el momento en que quede sin empleo, mientras consigue otro y que no quede desprotegido; básicamente es una suma de dinero que se ahorra y que será entregada al trabajador cuando quede cesante para que pueda asumir los gastos de sus necesidades primarias mientras consigue un nuevo empleo.

A pesar de que el principal fin de la norma era el anteriormente mencionado, con el pasar de los años se ha establecido, que las cesantías pueden ser utilizadas para dos fines: comprar vivienda o remodelarla, o pagar estudios, lo cual

modificó la figura de las cesantías pues no sólo su fin cambió sino que ahora no se pagarán solamente cuando se acabe el contrato, sino que se pueden pagar anticipadamente cuando sea para los dos fines nuevos.

En Colombia, a partir del 1 de enero de 1991 se dividió en tres sistemas la forma para liquidar las cesantías de los trabajadores del sector privado, según el año en el cual fueron vinculados por medio de un contrato de trabajo; es importante esta diferenciación pues gracias a esta reforma introducida en el año 1991⁷, ya no se van a liquidar las cesantías al finalizar el contrato sino que se puede hacer anualmente, lo cual es mucho más beneficioso tanto para el trabajador como para el empleador.

El primer sistema es llamado sistema tradicional⁸, el cual fue consagrado para aquellas personas que fueron contratadas con anterioridad al primero de enero de 1991 y que no se acogieron al sistema de liquidación anual. Este sistema consiste en que el trabajador va a tener derecho a que se le pague un mes de salario por cada año trabajado, o su proporción. Este pago puede ser hecho al finalizar el contrato de trabajo y será de forma definitiva; o parcialmente cuando haya sustitución patronal o el trabajador deba ir a prestar el servicio militar, o cuando se hace anticipadamente para comprar, remodelar o construir vivienda. Para realizar este pago, se tomará como base de liquidación el último salario que devengó si éste no varió en los últimos tres meses, pero si éste varió se tendrá

8 Ley 50 de 1990 “ARTICULO 98. El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:
1o. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.
2o. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.” TEXTO ORIGINAL

como base de liquidación el promedio del salario del último año o del tiempo trabajado.

La Ley 50 de 1990 estableció el segundo sistema denominado sistema de liquidación anual y definitiva de cesantías, el cual es obligatorio para las personas vinculadas laboralmente con posterioridad al primero de enero de 1991. Lo que la ley estableció es que a partir de esa fecha, cada 31 de diciembre el empleador debe liquidar las cesantías de ese año con base en el salario que devengó el trabajador el último mes, siempre y cuando no haya variado dicho salario en los últimos tres meses y de haber variado se liquidará con base en el promedio de lo devengado en el año o en el tiempo que lleva trabajado y dicha suma de dinero será consignada en una cuenta a nombre del trabajador en el fondo de cesantías correspondiente. Esta nueva forma de liquidación, al obligar al empleador a liquidar las cesantías anualmente beneficia al empleador pues al finalizar el contrato de trabajo no va a deberle una suma tan grande al trabajador, pues en el sistema tradicional debía pagarle una suma mayor correspondiente a cesantías pues se liquidaban sobre todos los años trabajados y basándose en el último mes de salario; mientras que en este nuevo sistema se hará anualmente sobre ese salario y al finalizar el contrato la liquidación va a ser mucho menor.

El último sistema es el sistema de salario integral. La Ley 50 de 1990 al establecer el salario integral, aclaró que en esta clase de remuneración el trabajador recibirá todos los meses la misma suma de dinero referente al salario superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes más el factor prestacional, la cual incluye las prestaciones sociales, recargos, subsidios, etc.

La Ley 52 de 1975 en su artículo primero estableció que todo empleador que esté obligado a pagar cesantías a sus trabajadores deberá cancelar anualmente un interés del doce por ciento (12%) sobre el valor de la cesantía que el trabajador tuviere a diciembre 31, al pago parcial o a la terminación del contrato. En los casos en los que el trabajador se renuncie durante el año, se le pagará un uno por ciento (1%) de interés por cada mes trabajado.

Visto lo anterior, con referencia a las cesantías, se puede ver cómo en los casos en los cuales los empleadores abusen de la flexibilización salarial para disminuir el ingreso base de cotización, se va a ver directamente afectado el trabajador al momento de recibir las cesantías pues no le van a pagar lo que realmente deberían pagarle sino una menor cantidad de dinero.

- c) Dotación de uniformes para trabajadores: este tipo de prestación social, a pesar de que por su naturaleza, al igual que las otras prestaciones no es constitutiva de salario, se menciona en este punto pues una vez más va a depender del salario que se devengue. La Ley 11 de 1984 establece: “*ARTICULO 7o. El artículo 1o. de la Ley 3a. de 1969, reformatorio del artículo 230 del Código Sustantivo del Trabajo, quedará así: "Suministro de calzado y vestido de labor. Todo patrono que habitualmente ocupe uno (1) o más trabajadores permanentes, deberá suministrar cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor al trabajador cuya remuneración mensual sea hasta dos (2) veces el salario mínimo más alto vigente. Tienen derecho a esta prestación el trabajador que en las fechas de entrega de calzado y vestido haya cumplido más de tres (3) meses al servicio del empleador"*. Teniendo en cuenta que la dotación de uniformes para trabajadores no constituye salario sino que se deben a aquellos trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos y que en

ningún momento se otorga para enriquecer al trabajador sino como dotación de trabajo, la figura de la flexibilización salarial tiene incidencia sobre esta figura pues finalmente lo que constituye salario es lo que va a determinar si el trabajador tiene derecho o no a dotación de vestuario, aunque por ley no constituye salario.

En cuarto lugar, se encuentra el auxilio de transporte. Este auxilio creado por la Ley 15 de 1959 y reglamentado por el decreto 1258 de 1959, no constituye salario sino una ayuda que otorga el empleador que paga a su trabajador hasta dos salarios mínimos para facilitarle su traslado hasta el sitio de trabajo y del trabajo a su hogar, pero en ningún momento se otorga para remunerar el servicio prestado. A pesar de no constituir salario se debe tener en cuenta para calcular las prestaciones sociales según lo establece la Ley 1 de 1963⁹. Sin embargo, para el presente estudio no se tendrá en cuenta pues el salario sólo va a determinar si se tiene derecho o no al auxilio de transporte y la flexibilización salarial no va a tener impacto sobre dicho concepto.

En quinto lugar encontramos las indemnizaciones. Partiendo de la base que las indemnizaciones son un pago que no constituye salario, se mencionarán en este punto puesto que su pago sí tiene relación directa con el salario que devenga el trabajador. Si bien es cierto que en el mundo laboral existen diversas clases de indemnizaciones como son la indemnización por terminación del contrato de trabajo y la indemnización por el no pago de salarios y prestaciones, lo que se pretende demostrar en este punto es que una vez más sobre este tipo de pagos que debe asumir el empleador se va a ver un

⁹ *“ARTICULO 7o. Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios”*

impacto con el uso de la flexibilización salarial debido a que al hacerse pactos donde se excluyan ciertos pagos como constitutivos de salario, tal suma de dinero que va a recibir el trabajador va a ser con base en que quede pactado como constitutivo de salario únicamente.

En sexto lugar encontramos las vacaciones que son un derecho que tienen todos los trabajadores, sin importar el sector en el que trabajen, a recibir 15 días de descanso remunerado por cada año que hayan laborado y en caso de haber trabajado menor tiempo, será proporcional a lo trabajado. El Código Sustantivo de Trabajo, en su artículo IV referente a las vacaciones anuales remuneradas, establece en el artículo 186 *“Duración. 1. Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. 2. Los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada seis (6) meses de servicios prestados.”*

Dicho descanso se pagará con base en el salario que gane el trabajador, si es un sueldo fijo, y en caso de ser variable será sacara un promedio de lo que gané y se le pagará tal promedio. Por tal motivo, la figura de la flexibilización salarial tiene incidencia en las vacaciones en la medida que tal descanso se va a remunerar con base en el salario que recibe el trabajador.

Por último encontramos los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que las partes hayan acordado que no van a constituir salario, donde se establecen la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad, los cuales serán explicados más adelante. Lo importante en este punto que es quizás el

más controversial pues en los anteriores conceptos no hay lugar a interpretación de lo que no constituye salario, pero en este punto se abre una nueva posibilidad para que el empleador y el trabajador pacten que ciertos beneficios, sin importar su habitualidad y que no están expresamente señalados como constitutivos de salario sean pactados como no constitutivos de salario; es quizás la forma más pura de entender el concepto de flexibilización salarial, el cuál será desarrollado con posterioridad, pero todos los conceptos mencionados anteriormente son necesarios para entender a cabalidad su significado y poder analizar su impacto en el desempleo.

Es de trascendental importancia aclarar que si bien existen más conceptos de pagos que no constituyen salario como son las propinas, participación de utilidades y gastos de representación, entre otros, para el presente estudio se consideró que los analizados anteriormente son los que mejor claridad pueden dar a la investigación y los que mayor impacto tienen cuando se hace uso de la mencionada figura.

1.4 Aportes a cargo del empleador

1.4.1 Parafiscales

El presupuesto de un país, consagrado en el Presupuesto General de la Nación, es una aproximación que hace el Gobierno para establecer los ingresos o rentas y los gastos o apropiaciones que va a tener el Gobierno durante una vigencia fiscal. La Ley 225 de 1995, consagra en su artículo 1° el presupuesto de rentas, es decir el dinero que le va a entrar a la nación, el cual proviene de: a) los ingresos corrientes de la Nación, b) las

contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, c) de los fondos especiales, d) recursos de capital y e) los ingresos de los establecimientos públicos de orden nacional.

De las rentas mencionadas anteriormente, en el presente trabajo tan sólo nos remitiremos a las contribuciones, especialmente a las parafiscales, pues por medio de la flexibilización salarial, éstas, específicamente los aportes parafiscales que debe realizar el empleador, se podrían llegar a ver afectadas.

Teniendo en cuenta que la parafiscalidad, podría definirse en palabras sencillas como una obligación pecuniaria, por parte de un grupo determinado de personas a favor de órganos públicos o semipúblicos, para obtener financiación; y que una contribución o aporte parafiscal es un pago que se debe realizar de manera obligatoria pues es impuesto por una ley a un sector o grupo de personas determinadas, las cuales no se van a ver beneficiadas directamente por su pago, este aporte tiene una destinación específica otorgada por la ley que lo creó y no forma parte del presupuesto general de la Nación.

Para el presente trabajo sólo se tendrán en cuenta las contribuciones que deben ser pagadas por los empleadores pues son las que se van a ver afectadas con la flexibilización salarial, por tal motivo, sólo se hablará de las contribuciones al ICBF, SENA y a las Cajas de Compensación Familiar.

A. SENA

Los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) están consagrados en la Ley 119 de 1994, donde se establece en su artículo treinta que su patrimonio estará conformado, entre otros, por los aportes que hagan los empleadores para la inversión en el desarrollo social y técnico de los trabajadores. Tal aporte será del dos por ciento (2%) del valor de su nómina mensual de los pagos que sean salario. Lo anterior es de importancia para el presente trabajo debido a que si un empleador paga a sus trabajadores parte de su salario a través del esquema de flexibilización salarial en donde se ha pactado un salario básico y otro en bonificaciones o auxilios que no van a ser constitutivas de salario, el 2% mencionado anteriormente va a ser menor de lo que realmente debe ser y el SENA se va a ver directamente afectado.

B. Instituto Colombiano del Bienestar Familiar - ICBF

La Ley 27 de 1974 estableció en su artículo segundo¹⁰ la obligación para todos los empleadores, sin importar si son del sector privado o público, de pagar el 2% de su nómina mensual de salarios al ICBF para su organización y funcionamiento. De igual forma, su artículo tercero¹¹ establece que el porcentaje del que habla el artículo segundo es el referente a los pagos que se hagan por concepto de salario, según lo establece el

¹⁰ “Artículo 2. A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los patronos y entidades públicas y privadas, destinarán una suma equivalente al 2% de su nómina mensual de salarios para que el Instituto de Bienestar Familiar, atienda a la creación y sostenimiento de centros de atención integral al pre-escolar, para menores de 7 años hijos de empleados públicos y de trabajadores oficiales y privados.”

¹¹ Artículo 3. “El porcentaje de que trata el artículo segundo se calculará sobre lo pagado por concepto de salario, conforme lo describe el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 127, a todos los trabajadores del empleador en el respectivo mes sea que el pago se efectúe en dinero o en especie. Los salarios pagados a extranjeros que trabajen en Colombia también deberán incluirse aunque los pagos se efectúen en moneda extranjera, deberá liquidarse, para efectos de la base del aporte al tipo oficial de cambio imperante el día último del mes al cual corresponde el pago.”

Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 127, sin importar si el pago es hecho en dinero o en especie, incluida la retribución que se haga a trabajadores extranjeros, así sea en otra moneda. Sin embargo, en 1998 se consagró la Ley 89¹² en donde se aumentó el porcentaje del aporte de los empleadores al ICBF a un tres por ciento (3%).

Este porcentaje establecido como aporte al ICBF se verá afectado cuando el valor total de la nómina se reduzca por la aplicación desmesurada de la figura objeto de estudio.

C. Cajas de Compensación Familiar

Por último, en 1949 nace en Colombia el Subsidio Familiar en una convención colectiva que se dio entre la Empresa Ferrocarril de Antioquia y sus trabajadores en donde se estableció un subsidio mensual para las familias que tuvieran hijos menores de quince años. La ley 21 de 1982¹³ establece que el aporte que deberán hacer todos los empleadores que tengan por lo menos un trabajador permanente, será del cuatro por ciento (4%) del valor de la nómina mensual de salarios, esto quiere decir que lo que quede pactado en el contrato de trabajo como no constitutivo de salario no va a estar incluido en el 4%. Además, como norma general de la figura de flexibilización, los aportes por servicios (recreación, mercadeo, salud, turismo, etc...) se reducen por un menor valor declarado en los salarios, a pesar de que el acceso a los servicios sigue siendo el mismo en cantidad de demanda y en calidad de la misma, viéndose

¹² Artículo 1. “A partir del 1o de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7a de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.”

¹³ Artículo 12. “Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, interdepartamental, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:
1°. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar.”

perjudicada la caja de compensación en sus ingresos por los beneficios ofrecidos. Adicionalmente puede presentarse el caso de que la caja se vea obligada al pago del subsidio familiar a trabajadores cuyas condiciones económicas no lo ameritan.

Para concluir sobre este punto de aportes parafiscales, luego del análisis de los conceptos y teniendo en cuenta el esquema de la flexibilización salarial, se puede ver como en los casos en los que parte del salario es pagado en especie como con bonos de sodexo pass, big pass, supermercado, gasolina, etc., debido a que el empleador y el trabajador han pactado que ese pago no sea tenido en cuenta como factor salarial, cuando se abusa de la figura se van a ver directamente afectados el ICBF, SENA y las Cajas de Compensación Familiar, que como bien se explicó anteriormente tienen por fin ayudar a sectores socioeconómicos necesitados y no lucrarse como entidad.

1.4.2 Fiscales

El Sistema Integral de Seguridad Social, como se encuentra vigente hoy en Colombia, fue establecido por la Ley 100 de 1993, a pesar de que con anterioridad hubo cierta legislación y protección sobre la seguridad social; fue entonces la Ley 100 de 1993 la que logró implantar un Sistema Integral de Seguridad Social que reuniera en un sólo sistema la protección y normatividad de los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales. Es evidente que el fin de crear esta ley fue el de reglamentar y garantizar a todas las personas una calidad de vida digna, especialmente garantizar la salud como derecho irrenunciable. *“El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la*

calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El Sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro”¹⁴

A. Salud

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 25 y 49 reconoce que la salud es un derecho que tienen todas las personas y que debe ser garantizado en todo momento por el Estado. De igual forma, la Ley 100 de 1993 en su artículo 154 literal b establece “*El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud (...) Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:* a) *asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia*” El anterior artículo es de suma importancia para la protección de los habitantes, pues si bien es cierto que el fin del sistema es llegar a cubrir a todos los habitantes, también es cierto que dicha cobertura no puede ser absoluta pues es insostenible para el estado colombiano cubrir los costos de los tres subsistemas de Seguridad Social (salud, riesgos profesionales y pensiones) y aún también le resulta imposible únicamente el de salud; pero si deja claro, que con la nueva ley, el Estado se obliga a prestar el servicio de salud a todos sus habitantes sin importar su capacidad económica.

¹⁴ Ley 100 de 1993. Artículo 1. TEXTO ORIGINAL

Sin embargo, es importante aclarar que el anterior artículo no quiere decir que el Estado debe prestar el servicio de salud de forma gratuita para todos sus habitantes, sino que debe velar porque todas las personas reciban atención básica en salud. Por tal motivo, se crearon dos regímenes, el contributivo y el subsidiado *“En el sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo y un régimen de subsidios, con vinculaciones mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías. Para tal efecto, la ley ha previsto la existencia de las Entidades Promotoras de Salud –EPS-, y de Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS-de carácter público o privado, como empresas administradoras de los recursos del Régimen, que prestan el servicio de salud según delegación que el Estado hace.”*¹⁵

Es de vital importancia aclarar cómo funcionan los dos regímenes, sin profundizar en cada uno, pues sólo entendiendo cómo funcionan podremos determinar si se van a ver afectados con la flexibilización salarial, en qué sentido y que consecuencias trae para la sociedad.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que harán parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud dos grandes grupos: por un lado están los afiliados al sistema, los cuales se subdividen en régimen contributivo y en régimen subsidiado; mientras que por otro lado están las personas vinculadas al sistema. Los afiliados por medio del régimen contributivo son aquellas personas que tienen contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1489 de noviembre 2 de 2000. MP. Alejandro Martínez Caballero

capacidad de pago. *“El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”*¹⁶ (art. 202 ley 100).

Este régimen, a diferencia del subsidiado, es financiado completamente por los aportes o cotizaciones que deben realizar el empleador y el trabajador y las personas con capacidad de pago; esto quiere decir, que no solamente las personas con contrato de trabajo deben cotizar sino también los trabajadores independientes. El decreto 806 de 1998 establece que al régimen contributivo pertenecen dos grupos de personas, por un lado los cotizantes y por otro lado los beneficiarios. “Como cotizantes: a) todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rijan por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten sus servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; b) los servidores públicos; c) los pensionados por jubilación, vejez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como privado (...); d) los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de las empresas y en general todas las personas naturales residentes en el país (...); e) los cónyuges o compañeros permanentes de las personas no incluidas en el Régimen de Seguridad Social en Salud (...)” Serán beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante. Dicho régimen será administrado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), quienes serán las encargadas de realizar el recaudo de dicho aporte.

¹⁶ ISAZA CADAVID, German. “Derecho Laboral Aplicado”. Régimen de Seguridad Social en Salud. Editorial Leyer. Página 395

La Ley establece que las personas pertenecientes al régimen contributivo deben cotizar al sistema de salud un 12.5% de sus ingresos, siempre y cuando dicho ingreso no sea inferior a un salario mínimo. La Ley establece que en los casos de los trabajadores dependientes, éste deberá asumir un 8.5%, es decir que del total de su salario se le descontará un 8.5% que será destinado para su salud y el 4% restante lo deberá pagar el empleador; y cuando son independientes el trabajador deberá asumir el 12.5%.

Adicionalmente, es muy importante tener en cuenta que la Ley consagra que del 12.5% se trasladará un aporte de 1.5% a la subcuenta de Solidaridad de Fosyga, esto con el fin de beneficiar al régimen subsidiado. Se menciona esto debido a que una vez más, en los casos en los cuales se utilice la flexibilización salarial en forma errónea y no se tenga como salario lo realmente devengado, el ingreso base de cotización va a ser menor y el régimen subsidiado se va a ver directamente afectado pues va a tener menores ingresos. De igual forma, la cotización que haga el régimen contributivo va a ser inferior, afectando directamente al Sistema de Salud.

Asimismo, cuando los empleadores abusan de esta figura al acordar que gran parte del salario será recibido en especie y no va a constituir salario, puede ocurrir que el trabajador logre demostrarle al juez que el porcentaje que recibía en bonificaciones y auxilios era tal que se excedía de lo que éste requería para desarrollar cabalmente su trabajo y llegaba a ser un contraprestación por sus servicios que lo enriquecía, logrando que en estos casos el juez pueda obligar al empleador a que asuma las obligaciones que ha evadido.

Por otro lado, el régimen subsidiado definido en la Ley 100 de 1993 en el artículo 211 como un “conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad” Es aquel sistema que ha sido creado para la población más pobre y vulnerable que no tiene capacidad de pago para asumir los aportes a Seguridad Social y que por este motivo no pueden ser excluidos del Sistema de Seguridad Social en Salud que es garantizado por el Estado para toda la población colombiana. Lo importante para el presente trabajo, con respecto al régimen subsidiado es que la misma Ley en su artículo 214 establece, como se mencionó anteriormente, que éste será financiado, entre otros, por el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el cual se financia, entre otros por *“uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.”* Por tal motivo, es sumamente importante que el empleador no abuse de la flexibilización salarial estableciendo en los contratos de trabajo que gran parte de lo que recibe el trabajador va a ser considerado como beneficio que no constituye salario, pues de esta forma se está perjudicando directamente al régimen subsidiado.

Es de anotar, que el Régimen de salud consagra el pago de incapacidad al trabajador en caso de enfermedades comunes, sobre el ingreso base de cotización; y que al existir flexibilización salarial, este IBC será únicamente sobre la parte salarial recibida, viéndose por lo tanto afectado económicamente el trabajador incapacitado.

B. Pensiones

El Sistema de Seguridad Social en Pensiones, también consagrado en la Ley 100, tiene por fin, según el artículo 10 *“garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley (...).”* Los sistemas de pensiones se pueden financiar de dos formas: por un lado está el “Modelo alemán” el cual establece que la cotización es la prima de un seguro y la pensión como tal es el beneficio de ese seguro. En este modelo, todas las cotizaciones van a un solo fondo común público de la entidad de seguridad social y luego de ese fondo salen todas las pensiones.

Este sistema fue diseñado para que la entidad no deje de tener ingresos y egresos, pero su problema radica en que muchas veces se pensionan más personas de las que cotizan en un periodo de tiempo determinado, llevando así a que se genere un déficit. Por otro lado está un sistema que surge en los años 70’s en Chile, llamado “Capitalización” en el cual cada persona cotiza a una cuenta y de lo que cotice sale su pensión; hay una cuenta por persona y cada persona se pensiona con su capital y el conjunto de cuentas de varias personas es administrado por una entidad llamada Fondo de Pensiones.¹⁷

En Colombia, la Ley 100 consagró dos grandes regímenes pensionales, los cuales son excluyentes entre sí pues una persona no puede estar afiliada al mismo tiempo a los dos sino únicamente a uno, aunque la ley otorga la posibilidad de trasladarse de un régimen a otro cumpliendo ciertos requisitos que no son materia de análisis en este trabajo.

¹⁷ OP CIT. ISAZA

Para entender el sistema de pensiones, se hará un pequeño esquema de su estructura pero no se ahondará en cada tipo de pensión, pues finalmente lo que se pretende demostrar es cómo el sistema de pensiones se ve afectado directamente, específicamente los trabajadores cotizantes cuando su empleador no tiene en cuenta los beneficios habituales otorgados como parte del salario y que en el fondo constituyen una contraprestación, generando que el ingreso base de cotización es menor.

Por un lado encontramos el sistema de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, definido en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, en el cual los cotizantes o sus beneficiarios obtendrán una pensión de vejez, sobrevivencia, de invalidez o una indemnización, una vez cumplan ciertos requisitos. En cuanto a la pensión de vejez, la ley establece que el cotizante tendrá acceso a ésta, una vez cumpla dos requisitos: un número de semanas cotizadas determinado por la ley (para el 2011 es de 1.200 y cada año aumentará 25 semanas hasta llegar a 1.300 en el año 2015), y un requisito de edad: las mujeres deberán tener 55 años y los hombres 60 años.

Este Régimen de Prima Media con Prestación Definida se caracteriza, según el artículo 32 de la misma ley, en que todas las cotizaciones y rendimientos de los afiliados van a ir a un solo fondo común, de carácter público, y de dicho fondo va a salir el dinero para las personas que se vayan pensionando; es decir que los aportes de cada persona no van a un fondo independiente sino a uno común y por ende el Estado se obliga a garantizarle a las personas que cumplan los requisitos de ley la obtención de su pensión de vejez. Es de importancia recalcar que todos los aportes se hacen con base en el ingreso base de cotización, es decir que el porcentaje que va a aportar tanto el trabajador como el

empleador va a ser de acuerdo al salario del trabajador, y no a lo no es constitutivo de salario, por ende, de ese aporte va a depender el monto que reciba el trabajador cuando se pensione. De igual forma, si bien es cierto que para acceder a los otros tipos de pensión, invalidez, sobrevivientes e indemnización, no se requieren los mismos requisitos que para acceder a la pensión de vejez, el monto de dinero que va a recibir la persona que acceda a dicha pensión va a depender no sólo de las semanas cotizadas sino por el monto que aportaba al fondo según sus ingresos. Por ende, es de suma importancia que no se abuse de la flexibilización salarial pues es claro que el directamente afectado va a ser el trabajador y su familia al momento de tener acceso a una pensión de vejez, sobrevivencia, invalidez o indemnización.

Por otro lado, encontramos el otro sistema, llamado Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Este sistema es más simple que el anterior debido a que en primer lugar, cada cotizante va a tener una cuenta individual y no va a ser un sólo fondo común como el Régimen de Prima Media; por ende, en este sistema no se exige el requisito de edad sino que cada persona va haciendo sus aportes a su propia cuenta y cuando cuente con el capital necesario para pensionarse lo hará. *“Una parte de los aporte mencionados se capitaliza en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen.”*¹⁸ Por lo tanto, bien sea que se esté afiliado a cualquiera de los dos regímenes, lo importante es que se aporte sobre el salario real del cotizante para evitar que se le causen perjuicios a él y a su familia.

¹⁸ Artículo 60 ley 100. TEXTO ORIGINAL

Teniendo en cuenta lo anterior, es apenas evidente que un esquema de flexibilización salarial, como el que se está analizando en el presente escrito, cuando es usado de forma que se abuse de éste, va a perjudicar directamente al trabajador pues en un país como Colombia, donde las cifras de desempleo son tan altas, un trabajador se ve obligado a aceptar dicha flexibilización con tal de no perder su puesto y recibir un salario inferior al que realmente debería recibir y que constituiría su ingreso base de cotización, y cómo el mismo Código Sustantivo del Trabajo permite que ciertos bonos o auxilios recibidos habitualmente sean pactados como no constitutivos de salario, muchas veces el empleador saca provecho de dicha flexibilización y pacta porcentajes muy altos como no constitutivos de salarios, perjudicando al trabajador.

La consecuencia a largo plazo de dicho pacto es que en el momento en que el trabajador se vaya a pensionar, ya sea por vejez o por invalidez, o que su familia vaya a recibir la pensión de sobrevivientes, el monto que se va a recibir no va a tener ninguna clase de proporción con lo que realmente deberían recibir pues a través del abuso de la flexibilización salarial el empleador redujo los costos que por ley le tocaba asumir, estableciendo como salario una cifra mucho menor de la real y compensando al trabajador con bonificaciones, disminuyendo así su ingreso base de cotización por uno irreal llevando a atentar contra el principio proteccionista del derecho laboral, no solamente de forma directa con el trabajador, sino en el caso de la pensión de sobrevivientes, a sus familiares *“concretamente, la pensión busca (evitar) que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”*¹⁹

¹⁹ Sentencia C-002 de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell

C. Riesgos profesionales

El Sistema General de Riesgos Profesionales, consagrado en la Ley 100 fue creado con el fin de otorgar a los trabajadores prestaciones asistenciales, servicios de salud y prestaciones económicas en caso de un accidente de trabajo o de enfermedad profesional. *“El Sistema de Riesgos Profesionales es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que pueden ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.”*²⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que a diferencia del sistema de salud y de pensiones, en éste sistema sólo serán afiliados en forma obligatoria los trabajadores dependientes, los jubilados o pensionados, salvo los pensionados por invalidez, y los estudiantes que deban realizar labores que le generen ingresos a la institución a la que pertenecen; y serán afiliados voluntarios los trabajadores independientes. Esta diferencia se da básicamente porque lo que busca este sistema es proteger a los trabajadores de posibles lesiones que sufran con o por ocasión de su trabajo y por ende, todos los empleadores están obligados a afiliar a sus trabajadores a una Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), tal como lo establece el artículo 10 del Decreto 1772 de 1994.

De igual forma, este sistema se diferencia de los de salud y pensiones, en que la cotización no es igual para todos sus afiliados sino que va a depender del nivel de riesgo

²⁰ IBID, ISAZA pág. 447

al cual esté sometida la empresa; por ende, la cotización oscila entre 0.348% y 8.7% de la base de cotización y el empleador asume el 100% de la obligación.

El sistema de riesgos profesionales tiene por fin asumir los costos relacionados con los accidentes de trabajo y con la enfermedad profesional. Por ende, en este sistema también se puede evidenciar fácilmente cómo la flexibilización salarial puede llegar a afectar de forma directa al sistema y más específicamente al trabajador y sus familiares, debido a que tanto la incapacidad como la pensión que se genere por la enfermedad laboral o el accidente de trabajo van a ser pagadas al trabajador o sus familiares sobre el ingreso base de cotización “*Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas: a) Para accidentes de trabajo. El promedio de los seis meses anteriores, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado; b) Para enfermedad profesional. El promedio del último año, o fracción de año, de la base de cotización obtenida en la empresa donde se diagnosticó la enfermedad, declarada e inscrita en la entidad administradora de riesgos profesionales a la que se encuentre afiliado.*”²¹ Por tal motivo, lo que va a recibir el trabajador o sus familiares en caso de un accidente de trabajo o de enfermedad profesional no va a ser lo que realmente debería recibir sino un porcentaje menor, viéndose afectados directamente.

1.4.3 Ley 1393 de 2010

El 12 de julio de 2010 el Congreso de la República expidió la Ley 1393 de 2010 la cual establece “*Artículo 30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos*

²¹ IBID, ISAZA. Pág. 452

relacionados con los artículos 18²² y 204²³ de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.” El presente artículo es de suma importancia en la flexibilización salarial pues establece un límite a los empleadores para evitar que abusen de dicha figura al determinar que para los aportes a seguridad social, los pagos que las partes hayan pactado como no constitutivos de salario no pueden ser mayores a 40% de todo lo que recibe el trabajador como remuneración.

Teniendo en cuenta los puntos anteriormente mencionados, específicamente los aportes a seguridad social, se considera de suma importancia este artículo pues como se mencionó en un principio, la Seguridad Social garantiza ciertos derechos mínimos de cada individuo y por ende, con esta restricción se está protegiendo al trabajador de

²² *“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y párrafo modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. (El artículo 5 de la Ley 797 de 2003 transcribe todo el artículo). El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.*

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.”

²³ *“ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES. <Inciso 1o. modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).”*

eventuales abusos y se le está garantizando que los aportes a su Seguridad Social se van a hacer en por lo menos un 60% de lo que recibe como salario.

1.5 Ingresos laborales gravables

El salario tanto en la legislación laboral como en la tributaria son todos aquellos pagos que recibe el trabajador como contraprestación directa por un servicio prestado, sin importar la denominación que se le otorgue y que enriquecen al trabajador. Todos estos pagos constituyen en sí un ingreso que en principio es gravable y sobre su totalidad debe liquidarse la retención en la fuente y la declaración de renta.

No obstante en virtud de la ley, algunos ingresos serán considerados como ingreso gravable como es el caso de las cesantías y por el contrario hay otros que serán excluidos del ingreso como es el caso de aportes a fondos voluntarios de pensión, planes de salud y educación, o tendrán exenciones.

Sin embargo, la legislación tributaria no diferencia entre lo que constituye salario y lo que no y simplemente grava todo lo que sea ingreso, por ende estos pagos son tratados igual que los constituyen salario frente al impuesto de renta o de la retención en la fuente, generándole cierta desventaja al trabajador.

Lo que se pretende con este punto es demostrar que si bien la Ley 50 de 1990 otorgó al empleador la posibilidad de pactar con el trabajador que ciertos beneficios o auxilios habituales u ocasionales no constituyan salario, la legislación tributaria no tiene en cuenta tales pactos y mientras el empleador se beneficia con tal figura pues reduce sus

gastos laborales, el trabajador debe cumplir con su obligación tributaria al gravársele todo ingreso que reciba.²⁴

2 LA FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL

2.1 Concepto de Flexibilidad

La flexibilidad laboral es un concepto que nació en los años ochenta pues debido a que la legislación laboral era muy rígida y dicha falta de flexibilidad estaba perjudicando a los empleadores al dejarles muy poco campo para negociar con los trabajadores ciertas condiciones de trabajo, se crea tal concepto con el fin de que se pueda llegar a ciertos acuerdos entre empleador y trabajador, que beneficien a ambos y que quiten cierta rigidez a la relación *“El problema principal del mercado laboral es su rigidez, que se refleja en el precio de la mano de obra, las condiciones de empleo y la cantidad y calidad de los recursos humanos. La rigidez del mercado de trabajo es resultado de limitaciones institucionales, políticas sociales, legislación, acuerdos colectivos, negociaciones centralizadas, acción sindical y directrices gubernamentales. Por lo tanto, para flexibilizar el mercado de trabajo es necesario eliminar una serie de normas y reglamentaciones que impiden absorber la oferta de mano de obra y adaptarse a las exigencias del cambio tecnológico y la competencia externa”*²⁵

²⁴ Estatuto Tributario “ARTICULO 206. RENTAS DE TRABAJO EXENTAS. <Fuente original compilada: L. 75/86 Art. 35 Inc. 1o.> Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria (...).”

²⁵ GALINDO GONZALEZ, Douglas Napoleón. “Algunos aspectos conceptuales sobre flexibilidad laboral”. Banco De Guatemala
<http://www.banguat.gob.gt/inveco/notas/articulos/envolver.asp?karchivo=4701&kdisc=si>

Sin embargo, tratar de encontrar una única definición a la flexibilidad laboral sería imposible debido a que, si bien todos los conceptos encontrados coinciden en que su fin es quitar rigidez, tal concepto ha sido definido desde diferentes perspectivas dependiendo de la legislación laboral de cada país y lo que se quiera flexibilizar en cada uno. Por ejemplo. *“La Oficina Internacional del Trabajo (OIT, 1986), considera a la flexibilidad laboral como la capacidad del mercado de trabajo de adaptarse a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas.”*²⁶ Por otro lado, otra definición es la que otorga la señora Luisa Benavides de Castañeda, *“la flexibilización laboral consiste en un conjunto de mecanismos de optimización de los recursos humanos, económicos, tecnológicos y físicos de la empresa, con tendencia a profundizarse y mantenerse en el tiempo, cuyo objetivo fundamental es la fácil adaptabilidad de las relaciones laborales a las exigencias económicas del mercado tanto interno como externo, dentro del marco de la juridicidad.”*²⁷ Por último, el Dr. Diego López, en su escrito *“Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente”*²⁸ establece *“Según sea quien use el concepto, la flexibilidad se presta para ser poblada de muchos contenidos. Se alude con ella al fin de la época del trabajo rutinario y repetitivo fordista y a nuevas oportunidades de autonomía y realización en el trabajo; se asimila flexibilización a la disminución del tiempo de trabajo y con ello a ganar más disponibilidad para la vida familiar y el tiempo libre; pero también se utiliza la flexibilización para justificar la reducción de derechos de los trabajadores, tales como mínimos salariales, estabilidad en el trabajo y límites a la*

²⁶ IBID, GALINDO GONZALES

²⁷ BENAVIDES DE CASTAÑEDA, Luisa. La flexibilidad: nuevo paradigma de las relaciones laborales. Instituto de derecho comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-7.pdf>

²⁸ LÓPEZ, Diego. “Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización salarial: en debate permanente” Fundación Friedrich Stiftung, Septiembre 2002

duración de la jornada de trabajo, en el entendido que es necesario reducir costos laborales para incentivar la utilización empresarial de mano de obra”

Por tal motivo, el concepto de flexibilidad laboral es tan grande y abarca tantas formas de flexibilidad como son la salarial, en las horas de trabajo, condiciones de trabajo y en la estabilidad laboral, que en el presente trabajo sólo nos remitiremos a la flexibilidad salarial.

2.2 Flexibilidad laboral en Colombia

La legislación laboral en Colombia, al igual que la de muchos otros países se basó principalmente en una legislación proteccionista pues se veía al trabajador como la parte débil de la relación laboral. Sin embargo, este intento por proteger al trabajador llevó a que en Colombia se dejara al empleador casi que en una situación de desventaja o desprotección pues la legislación laboral se volvió extremadamente rígida al punto de volverse muy oneroso para un empleador tener a su cargo si quiera un trabajador, por los altos costos laborales como es el pago de parafiscales, altas indemnizaciones por despidos, liquidación de cesantías al terminar el contrato de trabajo, etc.

La Ley 50 de 1990, mencionada anteriormente fue un primer paso para dar entrada al país a la flexibilización laboral *“Entre las disposiciones más importantes estuvieron la flexibilización de los contratos temporales, la facilitación del despido del trabajador después de diez años de antigüedad, la adopción de un sistema de salario que integrara todas las remuneraciones para los trabajadores de mayores ingresos (10 salarios mínimos) y la eliminación de los sobrecostos que implicaba el anterior régimen de*

*cesantías (Pineda y Ayala, 1993, p. 220-1).”*²⁹ Sin embargo, ésta no ha sido la única reforma laboral que ha tenido Colombia para quitarle cierta rigidez a la legislación laboral.

En el año 2002 se creó la Ley 789 de 2002 que modificó el régimen laboral, volviéndolo todavía menos rígido. Entre sus modificaciones encontramos la extensión de la jornada de trabajo diurna consagrada en el artículo 25, la cual antes era de 6:00 am a 6:00 pm y a partir de las 6:00 pm se generaba el recargo nocturno, mientras que con la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10:00 pm; de igual forma, el artículo 28 de la Ley disminuyó las indemnizaciones generadas por la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador sin justa causa; y al artículo 26 redujo el porcentaje del valor del trabajo dominical, el cual era de un 100% sobre el valor de la hora y ahora será de un 75%; entre muchas otras reformas.

Lo que se buscó fundamentalmente con estas leyes fue que la relación laboral entre empleador y trabajador no fuera tan gravosa para el empleador y con esto se lograra combatir el desempleo principalmente pues reduciendo las cargas, al empleador le será más fácil contratar más trabajadores y así se combatiría dicho problema.

Sin embargo, como el presente trabajo pretende determinar si con la flexibilización, específicamente la salarial, se puede combatir el desempleo o no, a continuación nos empezaremos a remitir únicamente a dicha clase de flexibilización y a su impacto en el desempleo del país.

²⁹ ISAZA CASTRO, Jairo Guillermo. Flexibilización Laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. **Cita tomada de la página:** http://www.dotec-colombia.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2731 (UNICEF Colombia (2002): “La Política Laboral: de la Flexibilización a la Exclusión Social”. Observatorio de Coyuntura Socioeconómica No. 11 (febrero). Universidad Nacional de Colombia - Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID - UNICEF Colombia. Bogotá: 21-23p)

2.3 Concepto de Flexibilización Salarial

La llamada flexibilización salarial establecida en Colombia en la Ley 50 de 1990 a través de su Artículo 15³⁰, ha sido mal interpretada a través de los años al asimilarla al concepto de desalarización. Sin embargo, el alcance de tal artículo difiere tangencialmente de tal concepto y deja muy en claro que la flexibilización salarial y la desalarización son figuras totalmente opuestas.

Para entender no sólo la diferencia entre los conceptos sino el alcance y significado de la flexibilización salarial, empezaremos por establecer qué es la desalarización, la cual está rotundamente prohibida en Colombia.

Cuando un empleador y un trabajador pactan o el empleador libremente decida que una parte del sueldo de tal trabajador no se tendrá como factor salarial a pesar de que dicho pago, en dinero o en especie, sea como contraprestación directa por el servicio prestado y sin importar la denominación que se le dé se encuentre dentro de los pagos que la ley establece que constituyen salario, tal figura es llamada desalarización, pues su fin es que algo que constituye salario no sea tenido en cuenta como tal y por ende no se tenga como factor salarial. Tal figura ha sido prohibida por la legislación colombiana y sobretodo la Corte Suprema de Justicia es bastante enfática en diferenciarla de la flexibilización al no permitir que los empleadores pacten que los pagos por comisiones

³⁰ Artículo 15 Ley 50 de 1990: “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.”

sean excluidos del factor salarial *“Bajo estos supuestos es claro que se equivocó el ad quem al establecer que unos pagos que finalmente correspondían a comisiones, aún cuando se les cambiara de denominación por la de “premios”, se podían excluir, por estipulación de los contratantes, de la base salarial.”*³¹ Esto porque para la Corte es bastante evidente que por más de que a una comisión se le dé el nombre de premio lo que realmente se está haciendo es pagarle al trabajador una suma económica por los resultados que genere, es decir como contraprestación directa por su servicio.³²

Por otro lado, la flexibilización salarial consagrada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, anteriormente citado, puede definirse, en palabras del presente autor, como aquellos pactos hechos entre el empleador y el trabajador donde se establezca que ciertos beneficios o auxilios acordados por medio de una convención o contractualmente o que sean otorgados en forma extralegal por el empleador no van a constituir salario. Tal figura fue creada para que por ejemplo las primas extralegales de navidad que se otorguen libremente al trabajador y no como contraprestación directa por su servicio, puedan ser excluidas de la base salarial cuando medie un pacto entre las partes. Sin embargo, es de suma importancia aclarar que tales pactos no pueden versar sobre sumas que por su naturaleza y según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 50

³¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia 22069 de septiembre 27 de 2004. Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

³² *“La Corte Suprema de Justicia ha manifestado en reiteradas oportunidades, la imposibilidad de realizar un pacto de exclusión salarial sobre un pago que por sus elementos se define claramente como salario, en la medida que remunera directamente el servicio prestado por el trabajador, por consiguiente, conceptos tales como comisiones de ventas o bonificaciones directamente relacionadas con el desempeño, no podrían ser objeto de un pacto de exclusión salarial, sin que exista norma laboral alguna que determine algún porcentaje máximo para efectuar dichos pactos.”* Ministerio de la Protección Social. Concepto 300876. Septiembre 24 de 2009. NELLY PATRICIA RAMOS HERNÁNDEZ. Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo

de 1990 sean constitutivas de salario pues tales pactos no son válidos y se entenderán por no escritos. *“si bien las partes en la cláusula adicional al contrato de trabajo del actor, que obra a folios 78, acordaron como valor adicional de carácter extralegal, no constitutivo de salario, entre otros conceptos, un porcentaje en el valor de las ventas netas de algunos productos, recaudadas mensualmente por el trabajador, el que denominaron “incentivo”, pero que realmente son comisiones y así las llamó la empresa al liquidarlas; dicho convenio y denominación, no pueden quitarle el carácter salarial que tienen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del C.S del T., lo que hace que dicha cláusula se torne ineficaz.”*³³

2.4 Esquemas de remuneración flexible

2.4.1 Auxilio de alimentación extralegal

El auxilio de alimentación es una prestación extralegal que es usada por algunas empresas como salario en especie para sus trabajadores o algunos de estos con el fin de otorgar una parte del salario en especie. Sin embargo, al ser otorgado de forma extralegal por el empleador, es posible que entre éste y el trabajador se pacte que tal auxilio no constituya salario. *“En consideración a lo anterior, si el auxilio de alimentación fue reconocido en forma unilateral y extralegal por el empleador mediante el acuerdo 01 de 1977; despojarlo de la incidencia salarial demandaría un acuerdo de voluntades como lo exige expresamente el Artículo 15 de la ley 50/90 en su parte final, lo cual no aparece demostrado en el proceso en parte alguna por lo que la*

³³ Sala de casación laboral Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio Lopez. Radicado 37469 del 27 de abril de 2010

Sala considera que sí constituye salario para efecto de la liquidación de la pensión de jubilación.”³⁴

Por lo tanto, no sólo la Ley 50 de 1990 en su artículo 15 sino la misma Corte Suprema de Justicia son muy claras en establecer que si bien en principio el auxilio de alimentación, bien sea en dinero, vales u otorgando la alimentación, es salario en especie pues su fin es retribuir directamente al trabajador por sus servicios, existe la posibilidad de que se pacte entre las partes que tal auxilio no va a ser tenido en cuenta como factor salarial.³⁵

Este auxilio se presenta de varias modalidades, en algunas ocasiones se les da a los trabajadores una suma adicional de dinero para cubrir dicha necesidad, mientras que en otras ocasiones se le dan vales de alimentación como es el caso de Sodexho³⁶ o Big Pass³⁷, o también hay casos donde se les otorga la modalidad de casino que consiste en que la empresa les suministra el servicio de alimentación. Con la utilización de este

³⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Radicación No.19668. Acta No.19. Magistrado Ponente: LUIS GONZALO TORO CORREA. 31 de marzo de dos mil tres (2003).

³⁵ *“lo cierto, es que cuando la trabajadora la recibió y se enteró de su contenido, aceptó los términos de la misma, es decir, desde un principio fue enterada que ese pago que se le iba dar como auxilio de alimentación y transporte a partir de febrero de 2003, no era constitutivo de salario, condicionamiento que encuentra la Sala legal, ya que el empleador está autorizado por la Ley -artículo 128 del C.S.T.- para otorgar dichas prebendas a sus trabajadores y a su vez, quitarles la incidencia salarial”* Corte Suprema de Justicia. Radicación N° 39313. Acta N° 06. Magistrado Ponente: DR. CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. 1 de marzo de 2011.

³⁶ **Sodexho Pass.** Ofrece valeras o cheques para ser utilizados en la mayoría de establecimientos de las principales ciudades o en los restaurantes de las mismas empresas, eliminando costos administrativos ya que se evitan manejo directo de casinos, así como la emisión y control de vales y el complicado manejo administrativo de los convenios con restaurantes. <http://co.sodexo.com/cosp/acerca-de-nosotros/acerca-de-nosotros.asp>

³⁷ **BIG PASS.** “Nuestra empresa. Misión: Brinda asesoría integral a las empresas en la implementación de beneficios laborales a través del sistema de vales, buscando la satisfacción plena de nuestros clientes, usuarios, establecimientos comerciales, colaboradores y accionistas, mediante un equipo humano altamente calificado y comprometido con nuestra promesa de valor.” <http://bigpass.com.co/page.html?ne>

auxilio se tiene la certeza de que el empleado invierte el vale o cheque en su propia alimentación y no en otro tipo de gastos.

2.4.2 Auxilio de vivienda:

El auxilio de vivienda es un pago que hacen ciertos empleadores a sus trabajadores donde se les entrega un auxilio para que éste pueda satisfacer ciertas necesidades de vivienda como es el pago de un canon de arrendamiento, pago de cuotas en la adquisición de vivienda o por medio de un leasing habitacional. La Corte Suprema de Justicia ha establecido que cuando tal auxilio se hace en forma habitual y como contraprestación directa por el servicio, es decir sin que sea por mera liberalidad del empleador, constituye un ingreso para el trabajador y por tanto se tiene como factor salarial. *“Anotó el juez de apelaciones en relación con la cláusula adicional del contrato de trabajo celebrado con Supermotos de Bogotá Ltda., en la que acordaron un pago adicional de auxilio de vivienda de \$300.000 mensuales, “que en verdad el citado auxilio fue pactado solamente por el año de 1995, más al haberlo continuado pagando la empleadora en forma indefinida ya que no ha acreditado haber pactado un nuevo límite temporal, adquirió carácter habitual y por ende retributivo de servicios, que lo convirtió en factor salarial, por lo cual no podía ser suprimido en forma unilateral por la empleadora”*³⁸

Teniendo en cuenta el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 anteriormente analizado, se puede ver como este tipo de auxilio, al igual que el de alimentación, a pesar de ser

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Magistrada Ponente: ISAURA VARGAS DIAZ. Radicación No. 26414. Acta No.43. 28 de junio de 2006.

constitutivos de salario, puede ser excluido del factor salarial siempre y cuando exista un acuerdo previo entre las partes.³⁹

2.4.3 Vestuario

De igual forma, la Ley 50 de 1990 establece la posibilidad de que el empleador le entregue a sus trabajadores un beneficio habitual u ocasional como es el vestuario, el cual puede ser considerado como salario al otorgársele como contraprestación directa por el servicio, pero que por medio de un pacto no va a tener tal connotación. *“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como quedó modificado por el artículo 15 de esa ley, estableció la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo, podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes. Y dentro de esos beneficios se incluyen aquellos como la alimentación, habitación o vestuario.”*⁴⁰

Por tal motivo, los pagos hechos en especie, otorgados en forma habitual y que sean como contraprestación directa del servicio, como casi siempre ocurre con la alimentación, habitación y vestuario, son constitutivos de salario y gracias a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 van a poder ser flexibilizados.

³⁹ *“La regla general es que el suministro de alimentación, vestuario y habitación, en principio constituye salario en especie y la excepción es que, si las partes lo pactan expresamente, su pago no producirá los efectos legales correspondientes a la retribución salarial”* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 35154. Acta No. 32. Octubre 20 de 2009

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 35154. 20-10-2009. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza. Acta No. 32

2.4.4 Primas extralegales de vacaciones, servicios y Navidad

Las primas extralegales de vacaciones, servicios y Navidad son un pago que realiza un empleador a su trabajador, el cual no es obligatorio pues la ley no lo establece sino que por eso mismo se llama extralegal. Lo anterior quiere decir ningún trabajador puede exigir a su empleador que le paguen dichas primas. Sin embargo, para que un trabajador tenga derecho a estas primas debe haber un pacto previo con el empleador, y si además se quiere que no se tengan en cuenta como factor salarial deberá haber también un pacto que las excluya. *“Cabe destacar, que lo anotado, debe entenderse lógicamente bajo la premisa de que se trata de un beneficio, prima extralegal, sobre el que se pueden celebrar acuerdos de desalarización de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990, porque situación diferente sería si estuviéramos hablando de pagos o compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos, como por ejemplo las comisiones que por ley son salario, independiente de que se cancelen mensualmente o en periodos más largos.”*⁴¹

2.5 Beneficios y perjuicios de la flexibilización

2.5.1 Para el trabajador

BENEFICIOS:

- La figura de la flexibilidad laboral beneficia a los trabajadores que pacten ciertas bonificaciones con sus empleadores como no constitutivas de salario pues si tales pactos no fueran susceptibles de ser pactados como no constitutivos de salario, sería muy oneroso para el empleador otorgarlos y por lo tanto el trabajador no tendría casi

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL. MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. Referencia: Expediente No. 35579. Acta No. 29. Julio 28 de 2009.

acceso a ellos. *“En cambio, prerrogativas que convienen las partes voluntariamente, como la bonificación por viajes realizados pactada en el caso bajo examen, encajan dentro de los beneficios susceptibles de ser acordados como no constitutivos de salario, como acertadamente lo dedujo el tribunal, pues además de estimular la productividad, constituyen un verdadero incentivo para los trabajadores, el cual de no poderse pactar en tales condiciones de flexibilidad, en muchas ocasiones no sería concedido.”*⁴² Lo que se pretende demostrar es que sin la figura sería poco usual que éste tipo de bonificaciones extralegales se otorgaran al trabajador y éste sólo recibiría la contraprestación directa pero el servicio pero no incentivos adicionales.

- La flexibilización salarial, al permitirle diversas formas al empleador de otorgar beneficios no constitutivos de salario a sus trabajadores, genera incentivos en éste pues con este tipo de beneficios no solamente se está viendo beneficiado él sino su familia como por ejemplo el auxilio de vivienda o de educación, mencionados anteriormente.

PERJUICIOS:

- Si bien la flexibilización laboral, especialmente la salarial, al permitir la reducción de los costos laborales del empleador, este tipo de medidas genera en las personas de escasos recursos más pobreza pues a pesar de tener trabajo con éste tipo de figuras sus ingresos se ven afectados de diversas formas, como se mencionó con anterioridad. *“Según UNICEF Colombia, la evidencia empírica proveniente de varios países en desarrollo indica que “las políticas de flexibilización han reducido el desempleo pero*

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA. Referencia: Expediente No. 11310. Acta No. 47. Diciembre 10 de 1998.

*han generado pobreza, bien sea por la creación de empleos de baja remuneración, o por la exclusión de segmentos de población del mercado de trabajo”.*⁴³

➤ No se ha comprobado que la flexibilización salarial tenga como resultado directo la creación de nuevos empleos⁴⁴ mientras que sí permite que en ciertos casos, mencionados en anteriores capítulos, al trabajador no se le tengan como base para la seguridad social ciertos beneficios extralegales que en principio salario, perjudicando así al trabajador quien a la hora de verse beneficiado con tal sistema, como por ejemplo con una pensión de vejez o de invalidez, va a recibirla de acuerdo con lo que cotizó, que no tuvo en cuenta estos beneficios extralegales excluidos por pacto. *“Definitivamente, dice el Ministerio de Trabajo, figuras que fueron concebidas en la década de los 90 con el fin de estimular la creación de empleo, ha sido entendida por las empresas como un mecanismo para ahorrar gastos en la nómina y reemplazar el personal que han contratado por término indefinido.”*⁴⁵

⁴³ ISAZA CASTRO, Jairo Guillermo. Flexibilización Laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. **Cita tomada de la página:** http://www.dotec-colombia.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2731 (UNICEF Colombia (2002): “La Política Laboral: de la Flexibilización a la Exclusión Social”. Observatorio de Coyuntura Socioeconómica No. 11 (febrero). Universidad Nacional de Colombia - Centro de Investigaciones para el Desarrollo CID - UNICEF Colombia. Bogotá: 21-23p)

⁴⁴ ROBBINS, Donald J. Empleo y desempleo en Colombia El impacto de la legislación laboral y de las políticas salariales. Documentos de Economía. Pontificia Universidad Javeriana. http://www.javeriana.edu.co/fcea/area_economia/inv/documents/Empleoydesempleoencolombiaelimpactodelalegislacionlaboralydelapoliticassalariales19761999.pdf *“En conclusión, aunque las reformas laborales podrían promover una mayor creación del empleo en el futuro, las evidencias científicas no indican que éstas hayan perjudicado excesivamente la creación de empleo en el pasado. De hecho, las evidencias presentadas en este informe sugieren cautela con respecto a las posibles consecuencias de las reformas laborales sobre el empleo en el futuro. Este estudio no encontró, ni en la revisión crítica de la literatura previa ni en los nuevos estudios presentados, conclusiones contundentes de que las inflexibilidades del mercado laboral fueron las que llevaron a los aumentos salariales excesivos que contribuyeron significativamente al nivel de desempleo en general o al aumento en el nivel de desempleo a partir de 1997. Las principales causas del alto nivel de desempleo antes de 1997 y su aumento a partir de 1997 deben ser encontrados en otros factores, tales como el estancamiento tecnológico, la concentración industrial”*

⁴⁵ Contratos y salarios flexibles. http://noticias.empleo.com/colombia/noticias_laborales/contratos-y-salarios-flexibles/6585626

- Con esta figura el trabajador no se obtiene ventajas fiscales pues el impuesto sobre la renta no diferencia entre lo que es salario y lo que no y simplemente grava todos los pagos que recibe el trabajador provenientes de una relación laboral o legal. *“ARTICULO 206. RENTAS DE TRABAJO EXENTAS. <Fuente original compilada: L. 75/86 Art. 35 Inc. 1o.> Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria (...)⁴⁶”*
- Disminución de acceso a créditos, esto se presenta ya que al momento de certificar sus ingresos ante las entidades bancarias, solo lo pueden hacer con su base salarial mas no con la totalidad del pago que ellos reciben en su nómina, por lo tanto la empresa certifica un salario menor al realmente obtenido por el trabajador, y por lo mismo no se les otorgan créditos a su favor o se otorgan pero por un monto menor al que realmente necesitan, por no poder reportar un ingreso mayor.

2.5.2 Para el empleador

BENEFICIOS:

- Los pagos por aportes parafiscales que se encuentran en cabeza del empleador, como se mencionó en el respectivo capítulo, se van a disminuir al celebrarse pactos entre el empleador y el trabajador para que ciertos beneficios o auxilios no sean constitutivos de salario, generándole menos costos al empleador por relaciones laborales. No quiere decir que el porcentaje legal se disminuya sino que como se deben pagar con base en el salario, al excluirse ciertos beneficios el valor del aporte va a disminuir.

⁴⁶ Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

- Debido a que estos beneficios recibidos por el trabajador en ciertas ocasiones no sólo lo benefician directamente a éste sino a su familia, esto genera un incentivo en el trabajador para que realice mejor su trabajo y pueda percibir más beneficios. Ello beneficia al empleador pues la calidad del trabajo va a cada vez más alta que es lo que buscan los empleadores para favorecer a la compañía.
- El valor de la cotización a la Seguridad Social que debe asumir el empleador también va a disminuir pues ésta se hace con base en los pagos salariales, reduciendo así los costos laborales que debe asumir el empleador.

PERJUICIOS:

- A pesar de que cómo se ha venido analizado la figura de la flexibilización salarial la cual aparentemente beneficia más al empleador, también se encontró que al aplicar la figura éste asume ciertos riesgos. En primer lugar, debido a que la figura no es una obligación legal sino que es opcional, cuando un empleador quiere aplicarla en su empresa corre el riesgo de que se creen sindicatos que busquen principalmente proteger al trabajador buscando lo que más lo beneficie no sólo a corto sino a largo plazo o que sea más difícil la negociación con los sindicatos existentes.
- En segundo lugar, el empleador corre el riesgo de que el trabajador logre demostrar ante un juez que la pacto de flexibilización salarial no era válido pues las bonificaciones no tenían realmente ese carácter sino que eran salario al retribuir directamente el servicio, como ocurre con las comisiones cuando se les da una nombre diferente, y el empleador sea obligado a pagar todo lo que debe.

2.5.3 Para el Estado

BENEFICIOS:

- Como se ha venido mencionado, la flexibilización salarial genera una reducción de los costos laborales el cabeza del empleador. No es un secreto para nadie que debido a cómo funciona la economía dirigida por la oferta y demanda, cuando un mercado reduce sus costos se vuelve más llamativo al público. Con esto se pretende demostrar que éste tipo de medidas pueden beneficiar al Estado en la medida que vuelven sus mercados laborales atractivos para compañías internacionales, inyectándole dinero a la economía nacional. *“De esta manera, bajo los conceptos de globalización, los insumos o factores productivos se establecen en los países que les ofrecen las mejores condiciones de rendimiento y productividad para sus agentes. Prueba de ello es el insumo capital. En efecto, Stiglitz (2001) evidencia cierta “flexibilidad del mercado de trabajo” y la “liberalización del insumo capital” como políticas simétricas, respectivamente liberalizadoras de los mercados de trabajo y capital; pero acarrear consecuencias muy asimétricas, y ambas sirven para acrecentar el bienestar del capital a expensas de los trabajadores”*⁴⁷

PERJUICIOS:

- La flexibilización salarial al generar una disminución de los pagos salariales y los efectos que ello trae para el trabajador, como ya se analizó, va a bajar el salario y lo que le queda disponible al trabajador para consumo personal, viéndose afectada la

⁴⁷ GUEVARA FLETCHER, Diego Andrés. Globalización y mercado de trabajo en Colombia: algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral. Derechos humanos y conflicto. <http://es.scribd.com/doc/58520294/globalizacion-mcado-de-w-y-flexibilizacion-laboral>

demanda de consumo y perjudicándose la economía de un país. *“El problema de la flexibilidad laboral es que cuando se habla de flexibilidad se habla de reducción salarial. Y aquí hay un típico problema keynesiano de carencia de demanda agregada. Bajamos los salarios y baja la demanda consumo. Y si no se consume, la economía no se despierta.”*⁴⁸ Esto muestra cómo esta figura puede llegar al ser contraproducente para la economía de un país al disminuirse la capacidad adquisitiva de las personas que se acogen a la figura.

- No genera empleo pero sí pobreza

3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El presente capítulo tiene por fin hacer un análisis de varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente a la flexibilización salarial.

En primer lugar, encontramos la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicación número 14395 del primero de noviembre de 2000, cuyo Magistrado Ponente es el Dr. Fernando Vásquez Botero. En esta sentencia la Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Jorge Enrique Merino Munera contra la sentencia del Tribunal en el proceso que el actor inició en contra de la sociedad “Avianca”. En este proceso, el demandante estableció que tuvo una relación laboral con la demandada desde el 20 de noviembre de 1969 hasta el 30 de abril de 1997 desempeñando el cargo de cartero. Asegura el demandante que su último salario básico fue de \$307.615 y un promedio mensual de \$327.842 y que la

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph. La flexibilidad laboral debe basarse en la adaptabilidad, no en menores salarios. <http://www.economista.es/economia/noticias/2063712/04/10/La-flexibilidad-laboral-debe-basarse-en-la-adaptabilidad-no-en-menores-salarios.html>

demandada le reconoció la pensión de jubilación por sin tenerle en cuenta ciertos valores como prima de vacaciones extraordinaria, prima de navidad extraordinaria, bonificación por antigüedad, alimentación, bonificaciones especiales, entre otros. (Se debe aclarar que al momento de la desvinculación del demandante estaba vigente la convención colectiva de trabajo)

La primera y segunda instancia absolvieron a la sociedad demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la segunda instancia, tuvo los siguientes argumentos fundamentalmente: 1) *“las partes pueden convenir en la negociación colectiva que algunos conceptos laborales no constituyan salario, tales como la alimentación, la habitación o el vestuario y las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”* 2) *“entre la empresa y las organizaciones sindicales operantes se convino expresamente que las primas extralegales no constituían salario y por consiguiente debe respetarse ese pacto”*

Una vez procede el recurso de casación, la Corte entró a analizar el caso. En primer lugar, el demandante asegura que debe tenerse por no escrita la cláusula de la convención donde se establece el mencionado acuerdo, pues asegura que es violatorio del artículo 14 de la Ley 50 de 1990 al permitir que se le quite el carácter salarial a las primas, auxilios y los otros beneficios mencionados. Establece entonces la Corte, que contrario a lo que se cree por el demandante, los artículos 14 y 15 de la Ley no son contradictorios sino complementarios. El artículo 15 no pretende quitarle el carácter salarial a los factores establecidos en el artículo 14 sino que se al artículo 15 permite a los empleadores otorgar beneficios y auxilios extralegales a través de negociaciones, los cuales podrán ser excluidos de la base salarial si se pacta previamente; es una

posibilidad que dejó el legislador y no una obligación. Por lo tanto, la Corte aclara que no son contradictorios pues en ningún momento se acepta que los pagos que están cobijados por el artículo 14 como constitutivos de salario sean despojados de tal connotación sino únicamente los beneficios o auxilios extralegales a los cuales se les haya otorgado ese carácter a través de un convenio entre empleador y trabajador. Por lo tanto, la cláusula de la convención colectiva se declaró válida por la Corte.

En segundo lugar, se encuentra la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo expediente es el número 26079, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas del 5 de octubre de 2005. En esta sentencia la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la sociedad “Inversiones momo y cía. S. en C.” con la sentencia del 9 de diciembre de 2004 del proceso ordinario laboral promovido por la señora Clara Inés Sandoval con la sociedad. En este proceso, la señora Sandoval demandó a la sociedad para que le pague los salarios caídos pues asegura que si bien la sociedad le pagó sus prestaciones sociales, prima de servicio y las vacaciones, lo hizo sin tener en cuenta como factor salarial las comisiones que la demandante recibió.

La Corte es bastante clara en afirmar que desde 1997 ésta institución ha sido reiterativa en afirmar que las comisiones nunca van a poder ser consideradas como no constitutivas de salario⁴⁹ puesto que su fin es precisamente retribuir directamente al trabajador por su labor y por lo tanto no se les puede desconocer su carácter salarial. La Corte en esta oportunidad se basó en la sentencia con radicado 20914 del 14 de noviembre de 2003

⁴⁹ “carecen de eficacia los acuerdos interpartes que desconozcan el carácter salarial a las comisiones; hermenéutica que viene delineando desde la sentencia del 29 de enero de 1997, radicación 8426, la cual se ha mantenido, entre otras, en las de octubre 28 de 1998, radicación 10951, diciembre 10 de 1998 radicación 11310, febrero 19, octubre 1° y noviembre 14 de 2003, radicaciones 19475, 21129 y 20914, respectivamente” Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas. Radicado 26079. Octubre 5 de 2005.

que establece: “ *los pagos en rubros tales como la propia remuneración ordinaria, los recargos por trabajo nocturno, horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas o comisiones, no pueden ser desnaturalizados de su connotación salarial, así sea por los avenimientos de las partes, porque el legislador por constituir una retribución “directa” del servicio y por pertenecer todos ellos a la estructura fundamental del salario, les asigna de modo insustituible tal condición (...)*”

En tercer lugar, se encuentra la sentencia del 28 de julio de 2009, expediente número 35428, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que resuelve el recurso de casación interpuesto por “Arango V. y Cía. S.C.A. Asociados” contra la sentencia del 31 de julio de 2007 en el proceso iniciado por el señor Adolfo León Reyes con la sociedad. El señor León pide que se le reliquiden las cesantías, intereses sobre cesantías y vacaciones pues como salario se habían pactado comisiones de un 28% por cada trabajo realizado y la sociedad sólo liquidó sus derechos salariales con base al salario mínimo legal.

El Tribunal, afirmó “*efectivamente se reconoció y canceló una comisión correspondiente al 28% de la producción de las máquinas que él operaba, y que ésta (sic) comisión, al percibirse por el actor como retribución de sus servicios, es constitutivo (sic) de salario.*” La Corte confirmó la decisión del Tribunal y no casó la sentencia al afirmar, al igual que en la anterior sentencia, que las comisiones, independientemente del nombre que se les de, nunca pueden ser entendidas como no constitutivas de salario pues y cualquier pacto en contrario va a carecer de validez.

CONCLUSIONES

- La flexibilización salarial no combate el desempleo generando nuevos puestos de trabajo. No estaría de más preguntarse ¿por qué, si como muchos creen que con esta figura se combate el desempleo, esto no ha sucedido desde la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990? Para nadie es un secreto que si bien este año se disminuyó el porcentaje de desempleo en Colombia, desde 1990 no ha tenido en ningún año una disminución realmente significativa que se le pueda atribuir a la flexibilización salarial y lo único que se evidencia es que ha reducido los costos laborales del empleador por esto no ha generado que éste decida contratar a mas personas. (VER CUADRO ANEXO 1)
- Consideramos que la flexibilización salarial al no combatir directamente el desempleo del país y otorgar más perjuicios que beneficios al trabajador, debería tener una mayor restricción frente al porcentaje permitido, pues debido a la difícil situación económica del país y las elevadas tasas de desempleo, en muchas ocasiones el trabajador se ve obligado a aceptar tales condiciones de trabajo que no lo benefician significativamente, con tal de recibir por lo menos un sueldo.
- Las implicaciones tributarias también han salido a flote por estos días debido a que las nuevas leyes tributarias gravan el ingreso en general y no solamente el salario. Por tal motivo, la flexibilización salarial deja de ser atractiva para los trabajadores pues mientras el empleador se beneficia al disminuirse sus costos laborales, el trabajador queda en igual situación en materia tributaria.

- La utilización de la figura de la flexibilización salarial afecta al trabajador en la medida en que se presenta una disminución en cuanto al acceso a créditos, ya que éste reporta frente a entidades bancarias ingresos más bajos y por lo mismo menor capacidad económica con los cuales puede cubrir dichos créditos.
- Con respecto a los aportes parafiscales a cargo del empleador, luego de analizar a fondo el tema, consideramos que debe ser reformado por el Estado o por lo menos reducido ya que con estos pagos el empleador está asumiendo cargas que nada o poco tienen que ver con su empresa. En cuanto a las cajas de compensación familiar, si bien entendemos el fin de esta figura, consideramos que en muchas empresas los trabajadores no hacen uso de estos servicios y por ende hay casos donde el empleador está asumiendo costos que a nuestro parecer no debería asumir o que por lo menos no debería ser tan gravoso para éste.

BIBLIOGRAFÍA

6.1 Internet

1. ALBAN RAMIREZ, María Paula. “Sueldos: se impone la compensación flexible.”
http://rse.larepublica.com.co/archivos/EMPRESAS/2009-09-07/sueldos-se-impone-la-compensacion-flexible_82588.php
2. ARDILA, Hermógenes. Tendencias Laborales. “¿la mala hora del salario fijo?.
Compensación flexible, pago variable y beneficios extralegales son las nuevas tendencias para remunerar a los ejecutivos.”
http://noticias.eempleo.com/colombia/tendencias_laborales/la-mala-hora-del-salario-fijo/6586646
3. BARBAGELATA, Hector Hugo. “Riesgo, flexibilización laboral, transformaciones y derecho laboral.” Instituto de Derecho Laboral y la Seguridad Social.
http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/barbagelata.pdf
4. BENAVIDES DE CASTAÑEDA, Luisa. “La flexibilidad: Nuevo Paradigma de las Relaciones Laborales.” Docente e Investigadora del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo.
<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-7.pdf>
5. Contratos y salarios flexibles.
http://noticias.eempleo.com/colombia/noticias_laborales/contratos-y-salarios-flexibles/6585626
6. Corte En Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, 13 de Septiembre de 1984. Magistrados: Salvini-lorente-miquel-mila-baglini-marzari Céspedes Kemelmajer De Carlucci . Tribunal: Suprema Corte De Justicia
<http://ar.vlex.com/vid/-35404642>

7. Desalarización y flexibilización salarial.
<http://es.scribd.com/doc/63674735/Desalarizacion-y-flexibilizacion-salarial>
8. GALINDO GONZALEZ, Douglas Napoleón. “Algunos aspectos conceptuales sobre flexibilidad laboral”. Banco De Guatemala
<http://www.banguat.gob.gt/inveco/notas/articulos/envolver.asp?karchivo=4701&kdisc=si>
9. GUEVARA FLETCHER, Diego Andrés. Globalización y mercado de trabajo en Colombia: algunas consideraciones en el marco de la flexibilización laboral. Derechos humanos y conflicto. <http://es.scribd.com/doc/58520294/globalizacion-mcado-de-w-y-flexibilizacion-laboral>
10. HERNANDEZ ALAVAREZ, Oscar. “Tendencias tradicionales y emergentes en el derecho laboral en Latinoamérica.”
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2150/18.pdf>
11. ISAZA CASTRO, Jairo Guillermo. Flexibilización Laboral: un análisis de sus efectos sociales para el caso colombiano. Cita tomada de la página: http://www.dotec-colombia.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2731
12. MAC DONALD, Andrea Fabiana. “Evolución histórica de la flexibilización laboral en Argentina y el mundo” <http://www.rcci.net/globalizacion/2005/fg508.htm>
13. “Pagar parte del salario por debajo para reducir costos de seguridad social: una maniobra peligrosa.” <http://www.actualicese.com/actualidad/2009/07/28/pagar-parte-del-salario-por-debajo-para-reducir-costos-de-seguridad-social-una-maniobra-peligrosa/>
14. Portafolio. “Salarios altos de ejecutivos en Colombia moderan sus incrementos, revela encuesta de Human capital.”

http://www.portafolio.com.co/economia/economiahoy/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-5640232.html

15. ROBBINS, Donald J. Empleo y desempleo en Colombia El impacto de la legislación laboral y de las políticas salariales. Documentos de Economía. Pontificia Universidad Javeriana.
http://www.javeriana.edu.co/fcea/area_economia/inv/documents/Empleoydesempleoencolombiaelimpactodelaleislacionlaboralydelaspolicassalariales19761999.pdf
16. SALAZAR BORREGO, Neiza. “Reforma laboral en el marco de la flexibilización salarial.” Universidad de Zulia. Venezuela
<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/336/33660301.pdf>
17. Sodexo. Soluciones de Calidad de Vida Diaria.
<http://co.sodexo.com/cosp/acerca-de-nosotros/acerca-de-nosotros.asp>
18. STIGLITZ, Joseph. La flexibilidad laboral debe basarse en la adaptabilidad, no en menores salarios.
<http://www.economista.es/economia/noticias/2063712/04/10/La-flexibilidad-laboral-debe-basarse-en-la-adaptabilidad-no-en-menores-salarios.html>
19. WELLER, Jugen. “La flexibilidad del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. Aspectos del debate, alguna evidencia y políticas”
<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/6/32356/lc12848e.pdf>

6.2 Libros y Revistas

1. ARANGO THOMAS, Luis Eduardo. “El salario mínimo aspectos generales sobre los casos de Colombia y otros países.”

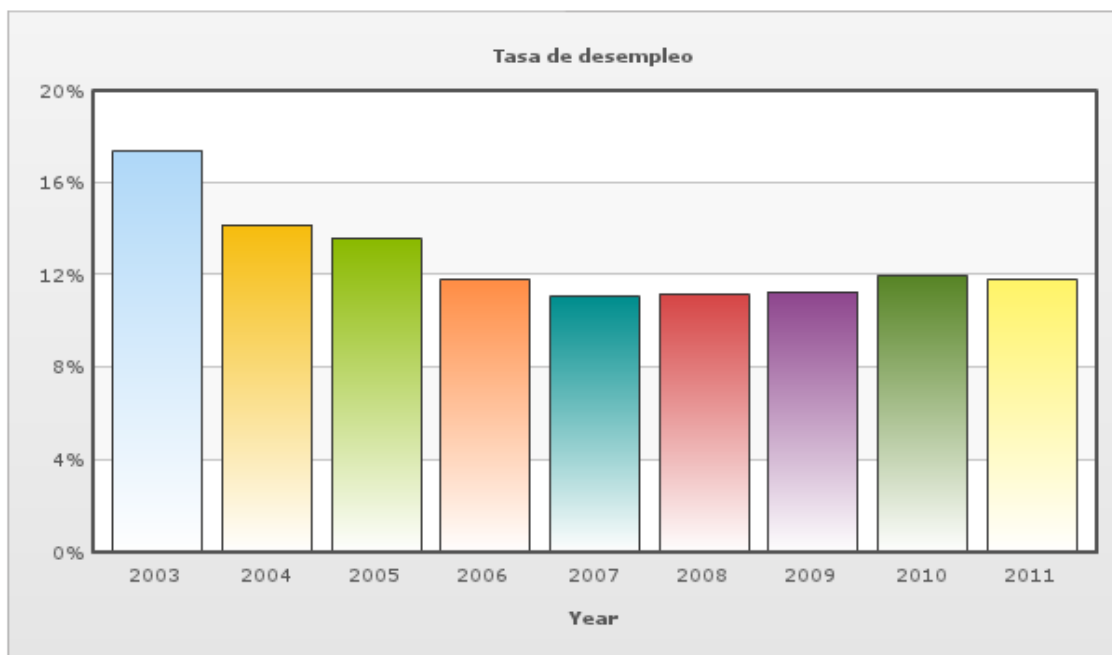
2. GONZALEZ CHARRY, Guillermo. “Prestaciones sociales en el sector privado actualizado con la ley 50 de 1990.”
3. ISAZA CADAVID, German. “Derecho Laboral Aplicado” Editorial Leyer. Novena Edición.
4. LÓPEZ, Diego. “Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización salarial: en debate permanente” Fundación Friedrich Stiftung, Septiembre 2002.
5. Ministerio de la Protección Social. Concepto 300876. Septiembre 24 de 2009. NELLY PATRICIA RAMOS HERNÁNDEZ. Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo
6. MONTOYA, Melgar Alfredo, Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración, El Contrato de Trabajo y sus Fronteras.
7. SANCHEZ TORRES, Fabio José. “Costos laborales y no laborales y su impacto sobre el desempleo, la duración del desempleo y la información en Colombia” 1980-2007.

7.3 Sentencias

1. Corte Constitucional. Sentencia C- 565 de 1998. MP. José Gregorio Hernández Galindo.
2. Corte Constitucional. Sentencia C 291 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto
3. Corte Constitucional. Sentencia C 521 de 1995. MP. Antonio Barrera Carbonell
4. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Sentencia 22069 de septiembre 27 de 2004. Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

5. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López. Radicado 37469 del 27 de abril de 2010
6. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Radicación No.19668. Acta No.19. Magistrado Ponente: LUIS GONZALO TORO CORREA. 31 de marzo de dos mil tres (2003).
7. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 35154. Acta No. 32. Octubre 20 de 2009
8. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrada Ponente: ISAURA VARGAS DIAZ. Radicación No. 26414. Acta No.43. 28 de junio de 2006.
9. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. Referencia: Expediente No. 35579. Acta No. 29. Julio 28 de 2009.
10. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA. Referencia: Expediente No. 11310. Acta No. 47. Diciembre 10 de 1998
11. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas. Radicado 26079. Octubre 5 de 2005.

ANEXO 1



Año	Tasa de desempleo	Posición	Cambio Porcentual	Fecha de la Información
2003	17,40 %	58		2002 est.
2004	14,20 %	72	-18,39 %	2003 est.
2005	13,60 %	121	-4,23 %	2004 est.
2006	11,80 %	119	-13,24 %	2005 est.
2007	11,10 %	124	-5,93 %	2006 est.
2008	11,20 %	129	0,90 %	2007 est.
2009	11,30 %	132	0,89 %	2008 est.
2010	12,00 %	132	6,19 %	2009 est.
2011	11,80 %	123	-1,67 %	2010 est.

Banco Crédito. Esta información fue tomada del CIA WORLD FACTBOOK.

<http://bancocredito.com.co/noticias-financieras/creditos-para-desempleados-y-ayudas-del-gobierno/>