

## Lo que debe y no debe incluirse en el “total de la remuneración”

Recientemente, la Sección Cuarta del Consejo de Estado dio a conocer la sentencia de radicado 25185 del 9 de diciembre de 2021. En la misma, se pronuncia sobre la aplicación del artículo 30 de la ley 1393 de 2010, aquel famoso artículo que nos indica que, la proporción de los pagos no salariales que excedan el 40% del total de la remuneración conforman el Ingreso Base de Cotización (“IBC”) para aportes a la seguridad social (Pensión, salud y riesgos laborales).

Pues bien, lo complejo realmente no es entender el texto de la norma, lo complejo es tener claridad sobre lo que integra el “total de la remuneración”. Por ello, si bien en materia interpretativa la sentencia del Consejo de Estado no trae nada realmente nuevo o distinto a lo que años atrás ha indicado la Corte Suprema de Justicia (principalmente sobre la invalidez de los pactos de exclusión salarial que ocultan un pago remunerativo del servicio), si se hacen varias precisiones que vale la pena acotar.

Veamos algunas generalidades previas, y que apuntes valiosos trae esta sentencia:

1. En virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, existen cuatro (4) tipos de pagos no salariales:
  - a. Las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria.
  - b. 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.
  - c. Las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX: i) Cesantías; ii) Intereses a las cesantías; iii) Prima de servicios y; iv) dotación.
  - d. 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 (agregado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990).

Ahora bien, **¿todos los pagos no salariales requieren pactar la exclusión salarial?** No, únicamente los del literal “d” antes enlistado. El artículo 15° de la Ley 50 de 1990 introduce un nuevo tipo de pagos no salariales que en la redacción inicial del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (“C.S.T.”) no estaban contemplados. Estos, son los “auxilios habituales u ocasionales” otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan acordado su exclusión salarial. En otras palabras, solo este tipo de pagos son los que necesitan que haya un acuerdo de exclusión salarial.

No obstante, aunque no es el ideal, para efectos probatorios ante cualquier tipo de pleito, pero sobre todo dada la experiencia en las fiscalizaciones de la UGPP y procesos en el

contencioso administrativo, siempre es recomendable que exista pacto, política o documento en el que conste la naturaleza no salarial, o bien porque el pago sea no salarial, o bien porque es una herramienta de trabajo.

Inicialmente, no había mucho desarrollo sobre el tema, hasta que, producto del exceso, empezaron a expedirse normas y pronunciamientos jurisprudenciales tendientes a evitar que lo que naturalmente es salario (porque es remunerativo del servicio) se convirtiera en no salarial por el simple pacto de las partes.

En principio, ninguno de los pagos enlistados integra el Ingreso Base de Cotización (IBC) de Seguridad Social, pero para el cálculo del “total de la remuneración” de que trata el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, se tienen en cuenta los del literal d. Es decir, los pagos no salariales que se incluyen en el “total de la remuneración” son los que tienen carácter retributivo.

Que un pago no salarial sea retributivo significa que, aunque no remunere directamente el servicio, busca compensar al trabajador por un hecho distinto al objeto de su contrato de trabajo, por ejemplo, un “*Bono por resultados globales*”, es un pago no salarial que tiene carácter retributivo, porque aumenta el patrimonio del trabajador, lo compensa por pertenecer a un grupo exitoso, pero es no salarial porque no remunera directamente el servicio prestado por el trabajador.

Algo como un Bono por resultados globales si requiere la exclusión salarial, así como también ser incluido en el “total de la remuneración” de que trata el artículo 30 de la ley 1393 de 2010.

2. Los pactos de exclusión salarial no pueden desconocer la naturaleza de un pago. Siempre que un pago se haga en remuneración directa al servicio prestado, va a ser considerado salarial, aunque las partes pacten lo contrario. Esto lo ha advertido la misma Corte Suprema de Justicia desde hace años, pero siempre es importante recordarlo.
3. Para evitar que un pago no retributivo del servicio (como las herramientas, auxilios de celular en algunos casos, etc) se tome eventualmente como base para aportes a Seguridad Social, se debe ser cuidadoso con el registro.

Si se registra en la nómina constituye ingreso del trabajador, en consecuencia, se tiene en cuenta para el cálculo del “total de la remuneración” de que trata el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010. Si se excluye de la nómina, es viable su registro contable como un gasto operativo (en el caso de las herramientas de trabajo), pero debe ser sustentable en términos de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, de lo contrario, genera un riesgo a nivel fiscal.

**Por: Fabrizio Gasca Mayans**

[fgasca@scolalegal.com](mailto:fgasca@scolalegal.com)

20 de mayo de 2022