

Concepto No. 42111
26-08-2022
Ministerio del Trabajo

Bogotá, D.C.

Al responder por favor citar este número de radicado

ASUNTO:	Radicado 05EE2022120300000042111 Factores no salariales: obligación de cotización aportes al Sistema de Seguridad Social por factores no salariales Ley 1393 de 2010, artículo 30, en atención a Sentencia de Unificación del Consejo de Estado
----------------	--

Respetado Doctor, reciba un cordial saludo,

El Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, en atención a la comunicación radicada con el número del asunto, proveniente del Ministerio de Salud, mediante la cual Usted realiza una consulta sobre Factores no salariales: obligación de cotización aportes al Sistema de Seguridad Social, por factores no salariales, Ley 1393 de 2010, artículo 30, en atención a la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, procede a atender su solicitud, previa las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

Así las cosas, este Despacho no se pronuncia sobre casos puntuales, sino que se manifiesta respecto del asunto jurídico consultado en abstracto, fundamentándose en la legislación laboral y de seguridad social vigente de derecho del trabajo individual - trabajadores particulares - y colectivo - trabajadores particulares / oficiales y empleados públicos, según aplique en el evento.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que el auxilio de transporte no es factor salarial, por lo tanto, no debe ser incluido dentro del ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social Integral del trabajador; sin embargo, cuando el empleador sea por mera liberalidad, es decir, por generosidad a cambio de nada, o sea por pago de viáticos y transporte o por pago de transporte para realización de labores, paga no el auxilio de transporte que es obligación del empleador para todo trabajador que devengue hasta dos salarios mínimos legales mensuales

vigentes, establecido por Decreto anualmente por el Gobierno Nacional, sino valores que paga el empleador no constitutivos de salario, en atención a lo normado por el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo CST., hay obligación del empleador de tenerlos en cuenta para las cotizaciones al Sistema, por ser factores no constitutivos de salario, sobre los cuales hay obligación de aportar, concluyendo que tanto los valores por transporte, como auxilio por alimentación no siendo factores salariales, son de obligatoria inclusión para el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en atención a lo normado por la Ley 1393 de 2010 *Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.*

Ahora bien, en Sentencia de Unificación, de consecuencias conocidas, en las cuales no ahonda la Oficina por el perfil profesional del consultante, según se aprecia en su misiva, en la sentencia de unificación, decía, el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, establece la necesidad de unificar las reglas sobre la interpretación adecuada de lo normado por el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, cuando manifiesta:

“Sentencia de unificación

Para decidir el primer punto del problema jurídico planteado, la Sección Cuarta del Consejo de Estado considera necesario sentar jurisprudencia sobre el alcance del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, por lo que profiere sentencia de unificación, de conformidad con los artículos 270 y 271 del CPACA y 14 (numeral 2) del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 080 de 2019), para lo cual precisa lo siguiente:

(...)La necesidad de unificar las reglas sobre el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta la interpretación y alcance del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, obedece a razones de importancia jurídica y trascendencia económica o social, ya que, como lo ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional, la seguridad social “es esencialmente solidaridad social” y la solidaridad es uno de los pilares en que se funda el Estado colombiano y principio rector en la garantía de los derechos fundamentales de las personas. La fijación de reglas claras sobre la materia sometida a consideración de la Sala permite no solo a la Administración un adecuado recaudo de los aportes al sistema, que garantice los derechos fundamentales relativos a la seguridad social, sino la disminución de los litigios que trascienden del ámbito de la discusión administrativa a la jurisdicción contencioso- administrativa, en la que, inclusive, se han presentado algunos criterios disímiles

En efecto, en sentencia del 21 de agosto de 2019 la Sección señaló que, para dar cumplimiento al artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, al momento de efectuar la liquidación y pago de aportes a la seguridad social, el empleador debe verificar que los pagos no constitutivos de salario, en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no superen el tope del 40% del total de la remuneración. Y en sentencia del 24 de octubre del mismo año, consideró que no es dable asumir que “lo que recibe el trabajador de manera ocasional o por mera liberalidad de su empleador, o para desempeñar a cabalidad sus funciones, ‘no se debe considerar base de aportes al Sistema de Seguridad Social aun en el caso de que excedan del 40% de la remuneración total, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010’

(...) Significa que los pagos que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración, sí deben incluirse en el Ingreso Base de Cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.”¹

La Ley 1393 de 2010, ley especial de obligatorio acatamiento, no prohíbe que el empleador pueda disponer cualquier cuantía como factor no salarial, incluso en sumas mayores que el salario devengado por el trabajador, pues ello sería de generosidad del empleador o fruto del acuerdo entre las partes, empleador y trabajador, al utilizar la expresión *sin perjuicio de lo previsto para otros fines*; lo que la norma preceptúa es la obligación del empleador como aportante de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social por los factores no salariales, es decir, los dispuestos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo CST.; o cuando han sido acordados por convención colectiva de trabajo; debido a que la Ley mencionada establece es la obligación de aportar al Sistema de Seguridad Social, teniendo como base el salario devengado por el trabajador y los factores no salariales, los cuales están exentos hasta el 40% del total de la remuneración recibida por el trabajador, tal como se explica en este concepto, debido a que la Ley 100 de 1993, establecía que los aportes al Sistema de Seguridad Social debían hacerse con base en el salario devengado por el trabajador y que muchos empleadores evadían los aportes al sistema, disponiendo mayor valor que el salario lo cual es posible para los factores no salariales, pero lo hacían con el fin de no aportar sobre ellos al sistema, por lo que la Ley 1393 de 2010, vino a corregir esta situación de elusión, obligando a los empleadores y trabajadores en su cuota parte, a aportar al Sistema de Seguridad Social, sobre el salario devengado por el trabajador, cualquiera este sea y sobre el valor de los factores no salariales, cualquiera estos sean, aportando al sistema sobre los factores no salariales también, pero ellos están exentos hasta el cuarenta (40%) del total de la remuneración, concluyendo que el empleador puede colocar el valor que desee como factor no salarial, en cuantía que es de su libre decisión escogerla o acordar con el trabajador, por lo tanto, el empleador, con su correspondiente equipo de colaboradores entre ellos el área de contabilidad, tesorería, debe conocer que los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, se hacen con base en el salario devengado por el trabajador, pero que existe la obligación legal de aportar al Sistema también sobre los factores no salariales, los cuales están exentos de cotización hasta el 40% del total de la remuneración recibida por el trabajador, es decir, incluido el salario y los factores no salariales, tal como se indicará en este concepto.

En efecto, el empleador tiene obligación de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social, durante el tiempo de duración del contrato de trabajo o la relación laboral, con base al salario devengado por el trabajador y los factores no salariales tal como lo señala el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 los cuales están exentos de cotización hasta el 40% del total de la remuneración, aportes al sistema que deben hacerse hasta la desvinculación definitiva del trabajador, lo que incluye las épocas en las cuales el trabajador se encuentra en alguna novedad, tal como la incapacidad, la suspensión contractual, licencia de maternidad, vacaciones, permisos remunerados, licencia no remunerada o en comisión de servicios, debido a que la Seguridad Social, es un derecho fundamental irrenunciable, siendo el total de la remuneración todo lo recibido por el trabajador en atención al servicio que presta al empleador o empresa empleadora; por lo tanto, es obligatoria la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, teniendo en cuenta también los factores no salariales, en la proporción antes indicada, pese a que el

empleador y el trabajador hayan acordado que ciertas sumas de dinero, no son consideradas factor salarial, atendiendo lo normado en el artículo 128 del CST.

Ahora bien, la Ley 344 de 1996 *Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*, reglamentada parcialmente por el Decreto 1267 de 2001, establece en su artículo 17:

“Artículo 17. Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.

Las Entidades Públicas que vienen atendiendo en forma directa y por convención colectiva el pago del subsidio familiar, podrán seguirlo haciendo de esa forma, sin que sea obligatorio hacerlo a través de una Caja de Compensación Familiar. En los términos del presente artículo se entiende cumplida por las Entidades Públicas aquí mencionadas la obligación prevista en el artículo 15 de la Ley 21 de 1982.” (resaltado fuera de texto)

En la sentencia de unificación mencionada con antelación, se resalta al respecto:

*“El alcance de la modificación prevista en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 no fue el pretendido, pues **el criterio de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado ha sido que la naturaleza salarial de un pago no depende del acuerdo entre las partes, sino de si, por su esencia, constituye o no retribución del servicio prestado. Ante estas circunstancias, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 le dio el alcance correspondiente a los acuerdos entre empleadores y trabajadores en los que se haya pactado que algunos beneficios habituales u ocasionales no constituyan salario, al disponer lo siguiente: “Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993.” No se trata de que un pago que es contraprestación directa del servicio prestado y, por tanto, tiene naturaleza salarial, deje de tenerla por el acuerdo entre el empleador y los trabajadores. De conformidad con esta norma interpretativa, para efectos de los aportes parafiscales y las contribuciones a la seguridad social, cuando se pacte que un pago no constituye salario, significa que no hará parte del ingreso base de cotización. El alcance de estas normas es que factores que son salario puedan excluirse de la base para determinar las contribuciones a la protección social.”*** (resaltado fuera de texto)

AUXILIO DE TRANSPORTE NO ES FACTOR SALARIAL

La Ley 15 de 1959 *Por la cual se da mandato al Estado para intervenir en la industria del transporte, se decreta el auxilio patronal de transporte, se crea el fondo de transporte urbano y se dictan otras disposiciones*, establece que el pago del auxilio de transporte, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

"Artículo 2 Establécese a cargo de los patronos en los Municipios donde las, condiciones del transporte así lo requieran a juicio del Gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencias hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores.."

PARÁGRAFO. El valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario se pagará exclusivamente por dos días trabajados... (resaltado fuera de texto)

En atención a lo anterior, el auxilio de transporte tiene como finalidad ayudar económicamente al trabajador para su desplazamiento al sitio de trabajo y su retorno, siendo obligación para el empleador de pagarlo para aquellos trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor dispuesto en forma anual mediante Decreto por parte del Gobierno Nacional.

En efecto para el año 2022, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1725 de 2021 *Por el cual se fija el auxilio de transporte*, señaló el valor del auxilio de transporte, para aquellos trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los sitios en donde haya servicio público de transporte, norma que a la letra dice:

*"Artículo 1. **Auxilio de Transporte para 2022.** Fijar a partir del primero (1) de enero de dos mil veintidós (2022), el auxilio de transporte a que tienen derecho los servidores públicos y **los trabajadores particulares que devengan hasta dos (2) veces el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en la suma de CIENTO DIECISIETE MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS (\$ 117.172.00)**, que se pagará por los empleadores en todos los lugares del país, donde se preste el servicio público de transporte."* (resaltado fuera de texto)

Por lo tanto, tal como lo disponen las normas transcritas con antelación, el auxilio de transporte, cuyo pago es una obligación del empleador pagarlo, para aquellos trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, no es factor salarial y por lo tanto, NO debe ser incluido en el ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social Integral.

Sin embargo, los valores que el empleador paga para sufragar el transporte, con el fin de que el trabajador cumpla a cabalidad sus funciones o el servicio encomendado, que no es el auxilio de transporte antes mencionado, así como el auxilio de alimentación y los factores no salariales, señalados en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo CST., si deben ser tenidos en cuenta como parte del ingreso base de cotización IBC., al Sistema de Seguridad Social Integral, los cuales están exentos en el 40% del total de la remuneración del trabajador, tal como se verifica a continuación

OBLIGACIÓN DE INCLUSION DE LOS FACTORES NO SALARIALES EN EL IBC., AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

Los artículos 3 y 4 de la Ley 100 de 1993 *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, preceptúan el derecho irrenunciable a la seguridad social de todo individuo, siendo servicio público obligatorio, normas que a la letra dicen:

“Artículo 3. DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley.

“Artículo 4. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

La Ley 100 de 1993 *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, modificada por la Ley 797 de 2003 *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*, a la letra dice al respecto del ingreso base de cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, es el salario devengado por el trabajador, norma que a la letra dice: en su parte pertinente:

“Artículo 15. AFILIADOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente?

Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: <Ver Jurisprudencia Vigencia> **Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo** o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales...” (resaltado fuera de texto)

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece que durante la vigencia de la relación laboral y el contrato de prestación de

servicios, deben efectuarse cotizaciones obligatorias al sistema con base en el salario o ingresos percibidos, devengados por ellos, cesando la obligación en el momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, sin perjuicio de los aportes voluntarios que el trabajador o el empleador continúen efectuando, norma que a la letra dice en su parte pertinente:

"Artículo 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente?

Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen

<Ver Notas del Editor> ***La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.***

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes." (resaltado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, establece la base de cotización al Sistema, cuando a la letra dice:

"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.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

PARÁGRAFO 1o. *En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.*

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que este le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.” (resaltado fuera de texto)

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación del empleador de cotizar con base en el salario devengado por el trabajador, norma que a la letra dice:

“Artículo 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. *El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.” (resaltado fuera de texto)

Sin embargo, pese a que en principio los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral se hacen con base en el salario devengado por el trabajador, en atención a lo normado por los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993 *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, ante la existencia de una norma especial Ley 1393 de 2010 *Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones*, debe aplicarse la norma especial, la cual fue promulgada para que los empleadores no evadan ni puedan eludir los aportes al Sistema de Seguridad Social, la que dispuso que sobre los pagos no salariales, los cuales están exentos tan solo en el 40% del total de la remuneración también se debe cotizar, se constituye un imperativo para el empleador que es el aportante en un contrato de trabajo o una relación laboral, en la que al trabajador se le descuenta su cuota parte del salario devengado, aportar también por los factores considerados no salariales, exentos en el 40% del total de la remuneración.

El Código Sustantivo del Trabajo CST., en su artículo 127 señala los elementos integrantes del salario, preceptuando que es todo lo que recibe el trabajador sea en dinero o en especie como contraprestación de la labor desarrollada, indistintamente de la denominación que se le dé, norma que a la letra dice:

*"Artículo 127. **ELEMENTOS INTEGRANTES.** <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>*

Constituye salario no solo 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." (resaltado fuera de texto)

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo CST., señala qué pagos realizados por el empleador no constituyen salario, siendo aquellos pagos que el empleador cancela por generosidad, es decir, de mera liberalidad *a cambio de nada*, significando con ello que no son contraprestación al servicio ejecutado por el trabajador, sino que voluntariamente el empleador paga al trabajador, como también contempla la posibilidad de que las partes involucradas en el contrato, acuerden pagos extralegales, es decir, por encima de los contemplados en la ley como serían los convencionales y que acuerden que no se consideran salario, tales como el auxilio de alimentación o el valor de transporte para ejecución de las laborales, que no es el auxilio de transporte señalado por Decreto del Gobierno, para aquellos trabajadores que devengan hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, norma que establece los pagos no constitutivos de salario, que a la letra dice:

*"Artículo 128. **PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.** <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>*

No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad." (resaltado fuera de texto)

Debido a que algunos empleadores pretendían eludir los aportes al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores al señalar cuantías no salariales antes exentas de cotización al sistema, en el año 2010 se expidió la Ley 1393 de 2010, *Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones*, que consagró que aun los elementos no

salariales, cualquiera sea su cuantía, pagan aportes al sistema, cuando los mismos superan el 40% del total de la remuneración, es decir, que el empleador debe sumar lo que el trabajador recibe como salario y los elementos no salariales, estando estos últimos exentos en el 40% del total de la remuneración, significando con ello, que el empleador y trabajador, en sus respectivas cuotas partes, deben aportar al sistema en el 60% porcentual no exento, tal como lo señala el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, considerando el total de la remuneración como todo lo que percibe el trabajador en atención al servicio prestado al empleador, norma que a la letra dice:

"Artículo 30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de las trabajadoras particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración." (resaltado fuera de texto)

Tal como se observa, la norma utiliza la expresión *sin perjuicio de lo previsto para otros fines*, significando con ello, que el empleador puede pagar cualquier cifra de dinero por los elementos no constitutivos de salario, pues lo hace en forma ocasional o por mera liberalidad, o por acuerdo, sin embargo, para efecto de la cotización al Sistema de Seguridad Social, éstos solo están exentos en el 40% del total de la remuneración, es decir, que empleador y trabajador en sus respectivas cuotas partes, deben aportar al sistema sobre los elementos no salariales, en el 60% cuando los mismos sobrepasan el 40% del total de la remuneración, porcentual exento de cotización al sistema, por mandato de la ley.

Por ello, el empleador tiene obligación de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, con base al salario devengado por el trabajador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, adicionando los factores no salariales establecidos en el artículo 128 del CST., los cuales están exentos únicamente en el 40% del total de la remuneración recibida por el trabajador, no hacerlo significaría que el empleador está eludiendo los aportes al Sistema, con las consecuencias de vulneración a la ley.

Por lo tanto, en el ejemplo colocado a consideración de la Oficina, estaría adecuado a lo normado en la ley 100 de 1993 con sus adiciones, reglamentaciones y modificaciones y en la norma especial de obligatorio acatamiento Ley 1393 de 2010, artículo 30, así como en lo normado en la Ley 344 de 1996, el disponer que si la persona devenga un salario de \$ 5.000.000.00 y devenga \$ 4.000.000.00 como factor no salarial, la empleadora y la trabajadora deban aportar al Sistema de Seguridad Social teniendo como base la suma de \$ 5.400.000.00, debido a que constituye el sesenta por ciento no exento de la totalidad de lo que percibe la trabajadora, es decir, del total de la remuneración, debido a que el valor devengado como salario sería la suma de \$ 5.000.000.00, valor por el cual obligatoriamente hay que aportar al Sistema y los \$ 400.000.00 adicionales restantes, corresponden al valor que no está exento de cotización es decir, el cuarenta por ciento (40%), resultado que se obtiene de la siguiente operación matemática:

Salario devengado \$ 5.000.000.00
Factores no salariales \$ 4.000.000.00
Total devengado por la trabajadora = \$ 9.000.000.00

Para efectos de verificar el ingreso base de cotización para aportar al Sistema de Seguridad Social, se toma el cuarenta por ciento (40%) del total de la remuneración recibida, para verificar que cifra es la exenta de cotización:

40% de \$ 9.000.000.00 = \$ 3.600.000.00 cifra exenta de cotización del total de la remuneración
Entonces:

Total de factores no salariales \$ 4.000.000.00 - \$ 3.600.000.00 cifra exenta = \$ 400.000.00

Por lo tanto, el empleador o la empresa empleadora ante la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social por el salario devengado por la trabajadora y los factores no salariales, estos últimos exentos en el 40% del total de la remuneración, cotizaría así:

Se tendría en cuenta el salario devengado por la trabajadora \$ 5.000.000.00

Se tendría en cuenta los factores no salariales en la suma no exenta \$ 400.000.00

Total ingreso base de cotización al sistema \$ 5.400.000.00

En la sentencia de unificación del Consejo de Estado, al respecto establece en uno de sus apartes:

“(…) Para ello estableció que aquellos pagos al trabajador que por pacto entre las partes se excluyen del IBC, no pueden superar el 40% del total de la remuneración, para determinar los aportes al sistema general de pensiones y al régimen contributivo de salud. Así, el propósito del legislador, como el del Ejecutivo en su momento, no fue incluir en el ingreso base de cotización, pagos que, por su esencia o naturaleza, no son constitutivos de salario, sino, establecer una limitante a la desalarización que se venía pactando entre empleadores y trabajadores al amparo de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996 y que erosionaba la base de aportes al Sistema de Seguridad Social. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST contraprestación del servicio) y, además, los que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración. En relación con el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, la Corte Suprema de Justicia, precisó que “el precepto bajo análisis se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración para efectos de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo «lo previsto para otros fines», al tiempo que circumscribe esta prohibición «para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993», esto es, el IBC de la seguridad social” (Subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales). De acuerdo con lo anterior, la limitación contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es de exclusiva aplicación para el subsistema de salud, como lo entendió erradamente la apelante, sino que se extiende a los subsistemas de pensión y riesgos laborales...”(resaltado fuera de texto)

En la Sentencia de unificación, el Consejo de Estado, resume las reglas a tenerse en cuenta, con respecto a la correcta interpretación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, al manifestar en uno de sus apartes:

"(...) De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala precisa el alcance y contenido de la limitación contenida en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, para lo cual establece las siguientes reglas de decisión:

- 1. El IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social (subsistemas de pensión, salud y riesgos profesionales) únicamente lo componen los factores constitutivos de salario, en los términos del artículo 127 del CST, estos son, los que por su esencia o naturaleza remuneran el trabajo o servicio prestado al empleador.*
- 2. En virtud de los artículos 128 del CST y 17 de la Ley 344 de 1996, los empleadores y trabajadores pueden pactar que ciertos factores salariales no integren el IBC de aportes al Sistema de Seguridad Social.*
- 3. El pacto de "desalarización" no puede exceder el límite previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, es decir, el 40% del total de la remuneración. En estos eventos, los aportes se calcularán sobre todos aquellos factores que constituyen salario, independientemente de la denominación que se les dé (art. 127 CST.(contraprestación del servicio) y, además, los factores que las partes de la relación laboral pacten que no integrarán el IBC, en el monto que exceda el límite del 40% del total de la remuneración.*
- 4. El pacto de "desalarización" debe estar plenamente probado por cualquiera de los medios de prueba pertinentes.*
- 5. Los conceptos salariales y no salariales declarados por el aportante en las planillas de aportes al sistema de la seguridad social o PILA se presumen veraces. Si el ente fiscalizador objeta los pagos no constitutivos de salario para incluirlos en el IBC de aportes, por considerar que sí remuneran el servicio, corresponde al empleador o aportante justificar y demostrar la naturaleza no salarial del pago realizado, a través de los medios probatorios pertinentes."*
(resaltado fuera de texto)

Con respecto a su cuestionamiento de que ciertas sumas de dinero que el trabajador recibe de parte del empleador pueden acordarse entre las partes, trabajador y empleador o, sindicato y empleador o empresa empleadora en la convención colectiva de trabajo, no sean considerados factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales, cabe manifestar que ello es perfectamente factible, debido a lo dispuesto en el artículo 128 del CST., y a la interpretación que se reproduce en la sentencia unificada, que hacen las altas corporaciones, al afirmar:

*"(...) Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de febrero de 1993, que precisó lo siguiente:"[...] **Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc).** Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, **ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin***

que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- **autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo".** (...) Este criterio de "desalarización", expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, que analizó la constitucionalidad del referido artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se ha mantenido vigente hasta hoy, como se evidencia, entre otros, en los fallos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 6 de agosto de 2019, de 4 de febrero de 2020 y de 14 de octubre de 2020, en los que, además, se hizo hincapié en que "no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado..." (resaltado fuera de texto)

APORTES PARAFISCALES

Con respecto a la obligación de pago de aportes parafiscales, cabe manifestar que todo empleador o empresa empleadora tiene la obligación de aportes parafiscales, recaudados por parte de las Cajas de Compensación Familiar, con destino al SENA, al ICBF y a la propia Caja de Compensación, lo cual se hace con base en la *nómina mensual de salarios*, entendida esta como la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, por lo tanto, están excluidos los factores no salariales, es decir, que estos NO forman parte de la base para el pago correspondiente, en atención a lo normado por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982..

En efecto, toda empresa, tiene la obligación de pago de aportes parafiscales establecidos en la Ley 21 de 1982, reglamentada por la Ley 223 de 1995, la Ley 789 de 2002, Decreto 1465 de 2015, con base en la nómina mensual de trabajadores o servidores vinculados a la administración, recaudados por las Cajas de Compensación Familiar, a la cual tenga afiliados el empleador o la empresa, institución, establecimiento o entidad empleadora, a sus trabajadores y servidores, para que los vinculados disfruten de las prerrogativas ofrecidas en favor propio y de sus familias, atendiendo a las disposiciones que las prevén.

En efecto, con relación al pago de aportes parafiscales, la Ley 21 de 1982 *Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones*, la cual ha sido adicionada modificada, reglamentada entre otras por la Ley 223 de 1995, la Ley 789 de 2002, el Decreto 1465 de 2015, preceptúa la obligación de los empleadores como también a las Entidades de Economía Solidaria como las Cooperativas de Trabajo Asociado, según topes legales, la obligación de pago de aportes parafiscales al SENA, ICBF y Caja de Compensación Familiar, por lo tanto todas las empresas incluyendo las industriales y comerciales del estado, tienen la obligación de pago de aportes parafiscales, en atención a lo normado por el artículo 7, norma que a la letra dice:

"Artículo 7. Adicionado por el Artículo 181 de la Ley 223 de 1995 - Derogado parcialmente (inciso 3, 4) por el Artículo 52 de la Ley 789 de 2002.

Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):

- 1. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.*
- 2. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.*
- 3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal.*
- 4. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes. Reglamentado por el Decreto Nacional 721 de 2013.. ". (resaltado fuera de texto)**

Ahora bien, para efectos de realizar los aportes parafiscales el empleador, la empresa o la entidad empleadora, pagará con destino al SENA, al ICBF y a la propia Caja de Compensaciones Familiar por intermedio de la cual los recauda, los aportes parafiscales de acuerdo a lo normado por el artículo 17 de la ley 21 de 1982 norma que establece la forma de hacerlo, preceptuando el pago del 9% del valor de la nómina, incluyendo la totalidad de los pagos hechos, norma que a la letra dice:

*"Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, **se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario** en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.*

Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago." (resaltado fuera de texto)

Esta obligación del empleador incluye a todos los trabajadores y servidores, para que ellos, puedan acceder a las prerrogativas que dicho aporte connota, tales como la recreación, los subsidios, el pago de la cuota monetaria para los hijos, por citar algunos ejemplos de los beneficios que tal situación comporta.

Por lo tanto, para el ingreso base de pago de aportes parafiscales NO se incluyen los factores no salariales, debido a que la propia norma establece que para dichos pagos, el empleador debe tener en cuenta la nómina mensual de salarios, entendida esta como *la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral*, siendo el ingreso base a tenerse en cuenta para el pago de aportes parafiscales, en el ejemplo planteado en su consulta, la suma de \$ 5.000.000.00, que corresponden al salario devengado por el trabajador, debido a que no se tienen en cuenta los factores no salariales, para el pago de aportes parafiscales.

En caso de discrepancia, corresponde al Juez Laboral, el decidir sobre aspectos relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, por competencia exclusiva y excluyente para declarar derechos individuales, proscrita para los funcionarios de esta Cartera Ministerial.

Cabe manifestar que el Ministerio del Trabajo entre otras funciones, tiene competencia para realizar inspección, vigilancia y control del cumplimiento de normas laborales y de seguridad social, pero carece de competencia para declarar derechos o dirimir controversias laborales, propio de los Jueces, con competencia exclusiva y excluyente para ello.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose en un criterio orientador.

Cordialmente,

(firmado en original)

ARMANDO BENAVIDES ROSALES

Coordinador

Grupo de Atención de Consultas en Materia Laboral

Oficina Asesora Jurídica

Notas al pie

1. ↑ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Radicado: 05001-23-33-000-2016-02496-01 (25185). Consejero ponente, Doctor Milton Chaves García Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)