

En 1990, entre las razones que expuso el legislador para la expedición de Ley 50 estaba que las reformas introducidas para flexibilizar el régimen laboral colombiano impactarían directamente la creación de empleo, aumentarían la competitividad de las empresas y ayudarían a la modernización e internacionalización de la economía colombiana.

Para el cumplimiento de tales cometidos se modificaron varias de las instituciones jurídico-laborales a fin de facilitarles a los empresarios el engranaje con las corrientes y modelos económicos (neoliberalismo) que imponía la globalización.

Lo relacionado con la constitución del salario fue modificado mediante el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que adicionó al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo la posibilidad de establecer los denominados “pactos de exclusión salarial” o “pactos de descalificación

Discurso Laboral

“salarial”, los cuales se inspiran en la autonomía de la voluntad de las partes, como poder reconocido por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho para autorregular sus intereses, con la finalidad de permitirle al empleador pagarle al trabajador beneficios o auxilios habituales u ocasionales sin que constituyan salario y con la salvedad que su alcance no es pervertir el concepto de lo que sí es salario y que nunca podrá ser desconocido por el acuerdo de las partes del contrato de trabajo.

En esta edición de Discurso Laboral, la doctora Paola Vanessa Manrique Villanueva hace una reflexión sobre los pactos de exclusión salarial en Colombia, de su aplicación en la praxis y de las interpretaciones de que ha sido objeto dicha figura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, y responsable de unificar la jurisprudencia patria, tema de especial relevancia en este momento en que las facultades empresariales se exigen al máximo debido a los escenarios de competitividad en que se encuentra el país debido a los TLC que están en curso y los que se están negociando por parte del gobierno nacional.

LOS PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL

Por PAOLA VANESSA MANRIQUE VILLANUEVA

Bajo el modelo económico que empezaba a surgir en Colombia en la década de los años noventa, como antesala a una reforma constitucional y la globalización masiva que trajo consigo dicho período, el país vivió una reforma laboral en los términos de la Ley 50 de 1990, conocida por los doctrinantes como la segunda reforma laboral (la primera fue el Decreto 2351 de 1965).

Entre los cambios más memorables de esta reforma, ambientada por una posición neoliberal del gobierno, se encuentra el artículo 15 que adicionó el artículo 128 del CST, referente al salario, permitiendo que no todo lo que recibiera el trabajador de su empleador fuera considerado como tal, siempre y cuando dichas sumas fuesen (i) ocasionales, por mera liberalidad y de aquellas que la norma señaló expresamente como posibles de ser excluidas de factor salarial, (ii) de las que recibiese en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, (iii) prestaciones sociales, y (iv) beneficios habituales u ocasionales acordados con el empleador de forma expresa.

Así, se pretendió aliviar a los empleadores de onerosas cargas por salarios altos, y también se beneficiaron algunos trabajadores al disminuir descuentos obligatorios; y, por otra parte, los topes de cotización a seguridad social en pensiones y los de mesadas pensionales se incrementaron, pues se pasó de topes pensionales de máximo 17 salarios mínimos legales vigentes, al vigente hoy, de hasta 25 salarios mínimos legales vigentes.

En un primer momento los pactos de exclusión salarial fueron utilizados para fines razonables, y las partes excluían de factor salarial sumas que en principio no generaban un perjuicio para ninguna de ellas.

Posteriormente, entrados ya en el auge de la globalización, la apertura económica, el desarrollo del sector de los servicios, entre otros factores, los empleadores empezaron a concientizarse de las ventajas de este modelo, y cada vez más las medianas empresas empezaron a adoptar esquemas de remuneración que excluían valores específicos del factor salarial mediante la suscripción de pactos de exclusión salarial en los contratos de trabajo, otrosí y documentos semejantes.

No obstante, la realidad empezó a desbordar la norma, cuando diversos sectores de la industria en crecimiento empezaron a desconocer sumas derivadas de la prestación del servicio, y se fue implementando el uso de entregar “bonos” desproporcionadamente mayores que el salario mismo, mediante pactos verbales, escritos, o “porque así funcionaba el sector”.

Así, por ejemplo, en el sector petrolero se empezó a hablar de “bonos de campo”, cifras que se reconocen a los trabajadores que se desplazan hacia los campos petroleros, y por cada día de labor en dichos lugares reciben valores cuantiosos en relación con su base salarial, que, las más de las veces, no se toma como factor salarial, bajo la figura de la exclusión salarial.

En otros sectores de la economía simplemente se empezaron a manejar “auxilios”, “paquetes de beneficios”, “bonos de mera liberalidad”, “esquemas de compensación”, “acuerdos de exclusión salarial”, “planes generales de benéficos”, entre otras denominaciones, acordando mutuamente con el trabajador su exclusión del factor salarial.

Pero, en términos prácticos, ¿qué quiere decir que sean sumas no constitutivas de factor salarial?

Para el trabajador colombiano promedio, cuyos ingresos pueden en su mayoría provenir enteramente de su trabajo dependiente, subordinado y formalizado, es decir, mediante contrato de trabajo; el “factor salarial” se compone de las sumas que conforman la base para calcular las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social integral, parafiscales, indemnizaciones por terminación del contrato sin justa causa y eventuales indemnizaciones moratorias, entre otros.

Con el fin de acercar al lector al tema, si un trabajador recibe un salario de un millón de pesos moneda corriente (Cop \$1.000.000) y un paquete de beneficios de un millón de pesos moneda corriente (Cop \$1.000.000) mensual, sus prestaciones, vacaciones, aportes y valores mencionados serán calculados sobre la base de un millón de pesos moneda corriente (Cop \$1.000.000) y no de los dos millones de pesos moneda corriente (Cop \$2.000.000) que en total recibe por estar vinculado laboralmente, frente a lo cual este trabajador de

una compensación de dos millones de pesos moneda corriente (Cop \$2.000.000) mensuales, sentirá un alto impacto al momento de recibir las primas semestrales de servicios, los intereses a las cesantías en enero y las cesantías cada 14 de febrero, así como al momento de disfrutar sus vacaciones, pues recibirá en dicho caso, la mitad de lo que hubiera recibido si todo fuera salario, en contraparte a que cada mes su descuento en salud y pensiones será inferior al que sería el de un trabajador sin pacto de exclusión salarial, así como los copagos, cuotas moderadoras, beneficios de la caja de compensación y demás serán más económicos que los de un trabajador con los dos millones de pesos moneda corriente (Cop \$2.000.000) plenamente salariales, además de la huella que puedan tener estos valores mencionados, frente a las eventuales indemnizaciones a que haya lugar.

De otro lado, a pesar de que a muchos trabajadores se les insinúa que adicionalmente dichas sumas contribuyen a un alivio tributario para sus bolsillos, lo cierto es que en materia tributaria todo ingreso se toma como ingreso laboral y por lo tanto no existe diferencia entre la condición de salario o no de una suma derivada de la relación laboral, excepto por los denominados bonos de alimentación, gasolina o canasta *sodexho*. En este punto es importante señalar que actualmente los únicos conceptos que pueden aliviar la carga tributaria de un trabajador son los pagos de salud, pagos por planes adicionales de salud, ahorro de vivienda, pagos por dependientes y pensiones voluntarias, principalmente, mas no la realización de pactos de exclusión salarial.

Y en términos jurídicos, ¿cuál es el supuesto bajo el cual un trabajador negocia y acepta un pacto de exclusión salarial?

En materia laboral, el contrato de trabajo supone una posición dominante del empleador, respecto del trabajador.

Así, la relación laboral implica una continuada subordinación y dependencia, aspecto bajo el cual en el contrato de trabajo no hay una igualdad entre las partes, y como tal, esta diferencia se ha sopesado mediante la

consagración de diferentes principios legales y constitucionales como el *indubio pro operario*, la primacía de la realidad sobre las formas, el salario mínimo vital y móvil¹, los derechos mínimos e irrenunciables, entre otros, además el orden de carácter público de las normas laborales, lo que les concede su carácter de “irrenunciabilidad”.

Por otra parte, en los términos del profesor y magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, Javier Antonio Fernández Sierra², en el contrato de trabajo “la libertad contractual conlleva dos momentos determinantes: el primero, el elegir si se contrata o no, y el segundo, el contenido y ejecución del compromiso. Y de manera particular [...] la autonomía de la voluntad en razón de la subordinación resulta inexistente. Sobre el primero (elegir si contrata o no), en materia laboral, el trabajador goza de tal libertad, pues puede disponer si contrata o no, pero frente al segundo (contenido y ejecución), no tiene disposición, pues se somete en razón de la subordinación, siendo protegido por la ley, aun en contra de su voluntad”.

Por lo tanto, al momento de determinar el contenido del contrato laboral, así como en la ejecución del mismo, el trabajador no está en posición de igualdad con su empleador, razón por la cual la voluntad en la negociación, así como los términos de la misma, se verán altamente afectados por la subordinación presente en el contrato laboral, teniendo en todo caso los límites legales y constitucionales que modulan la voluntad del empleador y tendrán que considerar el establecimiento de condiciones dignas y justas para el trabajador.

Bajo esta óptica, cuando el empleador ofrece al trabajador un esquema de remuneración bajo el cual existan unas sumas que no sean factor salarial, en principio se considerará que la existencia del pacto en ese sentido es precisamente una prueba de la voluntad del trabajador, pero dependiendo de si su contenido respeta los derechos mínimos del trabajador, podrá definirse o no su validez.

Volviendo al desarrollo histórico de la figura, desde el año 2010, mediante el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010³, se estableció que “para efectos de realización

-
1. PAOLA VANESSA MANRIQUE VILLANUEVA. *El salario mínimo vital y móvil en la jurisprudencia constitucional colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
 2. JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA. *Condiciones para la celebración de pactos de exclusión salarial: Aportes para su precisión y delimitación en el derecho laboral colombiano*, tesis de grado Maestría Universidad Nacional, 2011, p. 38.
 3. Senado de la República de Colombia, Ley 1393 de 2010: “... 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 los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”.

de aportes a la seguridad social debía tenerse un límite según el cual, sumada toda la remuneración, hasta un 60% puede ser factor salarial y hasta un 40% puede tratarse como beneficios extralegales, norma que permitió establecer una ‘proporcionalidad’ en el pacto de dichos beneficios”.

Pero, ¿qué ocurre con los trabajadores que anteriormente recibieron esquemas de remuneración donde los paquetes de auxilios superaban estos límites?

En el escenario descrito muchos trabajadores aceptaron, a la firma de sus contratos laborales, acuerdos en los que recibieron como auxilios cifras que llegaron a superar la base salarial hasta en un 500%, entre 1990 y el 2010, cuando los empleadores empezaron a adoptar esquemas de desalarización bajo la modalidad 60/40, y otros empleadores, aun con posterioridad a los límites dispuestos por la norma señalada, continuaron diseñando paquetes de compensación en los que al parecer se pretende desnaturalizar sumas legalmente salariales, fraccionando su pago en períodos desiguales, trayendo unas cifras con ocasión del contrato de trabajo y otras mediante contrato de prestación de servicios, u otorgándolas como bonificaciones por productividad, premios, bonos de campo, entre otras figuras.

Luego, para los trabajadores que suscribieron los diferentes modelos de remuneración excluida, con anterioridad a la Ley 1393 y bajo desproporcionados esquemas, la realidad es que el único camino para compensar lo que ya no se remuneró completamente es acudir a los estrados judiciales, con la limitante de la prescripción trienal de los derechos laborales consagrada en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, pero con la esperanza de que las cifras que hubieran constituido sus aportes pensionales, están salvaguardadas por cuanto los derechos pensionales son imprescriptibles.

De otra parte, para los trabajadores que estaban bajo esquemas demasiado desproporcionados en el año 2010 y que continuaron su relación laboral, los empleadores “juiciosos” empezaron a ajustarlos realizando como mínimo los aportes a seguridad social sobre el 60% del valor total de la remuneración, pero dejando el reajuste prestacional de lado, por cuanto la norma no exige el reajuste a prestaciones sociales ni vacaciones.

En este estado de cosas, ¿cuál es la posición de la jurisdicción ordinaria laboral sobre el tema?

En lo cotidiano, se han debatido en los estrados judiciales la validez de los pactos de exclusión salarial y sus consecuencias económicas.

Básicamente, la jurisprudencia del máximo tribunal de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, que es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha marcado algunos derroteros, bajo los cuales los trabajadores y los empleadores pueden esperar que se considere válido o no el pacto de exclusión salarial y se determinen las consecuencias económicas para cada parte.

En un sentido amplio, siempre que el beneficio pactado sea retributivo del servicio, será constitutivo de factor salarial.

La posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ve reflejada en las siguientes sentencias hito, que han sido determinantes a lo largo de la historia reciente del supremo órgano judicial:

- Sentencia 5481 del 12 de febrero de 1993.
- Sentencia 22069 del 27 de septiembre de 2004.
- Sentencia 32657 del 27 de mayo de 2009.
- Sentencia 35579 del 28 de julio de 2009.
- Sentencia 42277 del 27 de noviembre de 2012 (que menciona, además, los últimos fallos del tema, rad. 37037 del 25 de enero de 2011, y rad. 39475 del 13 de junio de 2012).

En estas se ha señalado que los pactos de exclusión son posibles, entretanto sean expresamente pactados por las partes, aunque en algunos casos se aceptó su pacto verbal pues se indicó que su consensualidad no está sometida a formalismos; igualmente, se determinó la imposibilidad de excluir de factor salarial las comisiones por su carácter salarial, a diferencia de las primas de vacaciones y de antigüedad, que sí pueden ser objeto de este tipo de pactos; y, por último, la posición del máximo tribunal de cierre ordinario es contundente en señalar que solo es posible de exclusión lo que no retribuye el servicio del trabajador.

Finalmente, valdría la pena discutir la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en tanto expresamente sólo fue dispuesto para los trabajadores particulares, dejando de lado del esquema de proporcionalidad establecido, a trabajadores oficiales y empleados públicos.