

Bogotá D.C., 30/11/2017

08SE2017120300000032133

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE2017120000000045448
Ingreso base de liquidación de prestaciones sociales e incapacidades, pago aportes parafiscales

Respetado(a) Señor(a)

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca del ingreso base de liquidación de prestaciones sociales e incapacidades, pago de aportes parafiscales para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante 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.

1. Con relación al salario y al pago de prestaciones sociales, cabe manifestar

El salario variable se presenta cuando la retribución que recibe el trabajador como contraprestación del servicio, estaría *sujepto a cambios frecuentes o probables*, tal como la acepción de variable implica, v.gr. cuando el trabajador recibe como parte de su salario comisiones, contrario al salario fijo, el cual no sufre variaciones en el transcurso del tiempo.

Por ello, el salario variable tan solo se presenta cuando el trabajador en forma permanente, recibe un salario como contraprestación del servicio, cuya variación depende de factores que lo aumentan o disminuyen en forma consuetudinaria, v. gr. cuando devenga comisiones por distintos motivos o realiza trabajo suplementario o de horas extras, o cuando recibe bonificaciones que en atención a lo normado por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, son salario, norma que a la letra dice:

“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.”

Por ello, para efectos de la liquidación de prestaciones sociales en la medida en que las mismas se causen, es decir, cada una dentro del plazo que la Ley otorga para ello y al final del contrato de trabajo o la relación laboral, se deben liquidar teniendo en cuenta los factores salariales y el auxilio de transporte cuando el trabajador devenga hasta dos salarios mínimos por ser factor prestacional, en atención a lo normado por la Ley 1 de 1963, *“Por la cual se dictan normas sobre reajustes de salarios, se conceden unas autorizaciones al Gobierno y se dictan otras disposiciones”*, artículo 7 norma que a la letra dice:

“Artículo 7. 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.”

Las prestaciones sociales que se deben liquidar a los trabajadores son la Cesantía, el interés a la cesantía y la prima de servicios.

1.1 La Cesantía, se encuentra establecida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice:

“Artículo 249. REGLA GENERAL. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año

Dicha prestación se calcula aplicando las normas de la Ley 50 de 1990, que establece el régimen especial de cesantía, se liquidará por año calendario y proporcional de ser el caso, es decir, desde el inicio del contrato a 31 de diciembre de cada año, con los factores salariales y prestaciones correspondientes a cada año, norma que en su artículo 99 a la letra dice:

“Artículo 99- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, **el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.** ...” (resaltado fuera de texto)

1.2 Los intereses a la cesantía, se pagarán al trabajador en atención a lo normado por el artículo 1 del Decreto 116 de 1976, reglamentario de la Ley 52 de 1975, que establece la obligación de pagar el 12% anual como intereses a la cesantía liquidada con corte a 31 de diciembre de cada año, norma que a la letra dice:

“Artículo 1 - A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro definitivo del trabajador, o de liquidación parcial de cesantía, tengan a su favor por concepto de cesantía.

Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron, o en la fecha de retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo periodo anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

En todo caso, se procederá en forma que no haya lugar a liquidar intereses de intereses.”

1.3 La prima de servicios en otra de las prestaciones sociales está contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo, en su Capítulo 6 Prima de Servicios- artículo 306, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1788 de 2016, *“Por medio de la cual se garantiza el acceso en condiciones de Universalidad al derecho prestacional de pago de la prima de servicios para los trabajadores y trabajadoras domésticas”*, norma que establece la forma y fecha exacta de pago de la prestación, que a la letra dice:

“Artículo 306 DE LA PRIMA DE SERVICIOS A FAVOR DE TODO EMPLEADO. El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado.

PARÁGRAFO. Se incluye en esta prestación económica a los trabajadores del servicio doméstico, choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas y en general, a los trabajadores contemplados en el Título III del presente código o quienes cumplan con las condiciones de empleado dependiente”.

1.4 Con respecto a las vacaciones, no siendo considerada como una prestación social, sino un derecho del trabajador al descanso por haber laborado al servicio del Empleador por espacio de un año, se debe remunerar tal como lo indica el artículo 192, en donde claramente se establece que el trabajador durante las vacaciones devenga el salario ordinario, pues se liquidan con el que devengaba el día en que comience a disfrutar de ellas. La misma norma, estipula que para la remuneración de las vacaciones, no se tendrá en cuenta el valor del trabajo en días de descanso y el valor del trabajo suplementario en horas extras, es decir, si por orden del Empleador se laboró en días de descanso, la remuneración que se cancela por los recargos ni por las horas extras, no se tiene en cuenta al momento de entrar a liquidar las vacaciones, solamente el salario ordinario. La norma a la letra dice:

“Artículo 192- Remuneración

*1. Durante el periodo de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, **sólo se excluirán** para la liquidación de vacaciones **el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras.***

2. Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidaran con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.”

En cambio, la compensación de las vacaciones de un trabajador, es una cuestión diferente al salario devengado mensualmente por un trabajador, pues la misma se presenta cuando el Empleador, previa solicitud del trabajador, cancela las vacaciones en dinero, cuestión que es posible hacerlo hasta la mitad de ellas, en atención a lo normado por el artículo el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1429 de 2010, “*Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo*”, norma que a la letra dice:

“Artículo 20. Compensación en dinero de las vacaciones. Modificase el numeral 1 del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

*Artículo 189. Compensación en dinero de las vacaciones. Empleador y trabajador, podrán acordar por escrito, **previa solicitud del trabajador**, que se pague en dinero hasta la mitad de las vacaciones”.*
(resaltado fuera de texto)

Por ello, para efectos de compensar la mitad de las vacaciones en dinero, se requiere la solicitud del trabajador.

1.5 Con respecto al ingreso base de cotización para el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social:

La Ley 100 de 1993, que establece la base de cotización de los trabajadores dependientes de los sectores público y privado para pensiones, es el salario mensual devengado por el trabajador en los términos que para el efecto establece el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo normado por el artículo 30 de la Ley 1393 de 2013, norma que preceptúa que del total de la remuneración pagada al trabajador, tan solo el 40% de los pagos no constitutivos de salario, estén exentos de formar parte de la base de cotización al sistema de seguridad social.

En efecto, el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, a la letra dice:

“Artículo 5 El inciso 4 y párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 quedarán así:

Artículo 18. Base de Cotización. 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”.

La Ley 1393 de 2013, “*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*” en su artículo 30, preceptúa cuales son los factores que deben ser tenidos en cuenta para efectos de aportar al sistema de seguridad social, 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 trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.”

El Acuerdo 1035 de la UGPP., estableció en su contenido entre otras cosas, los factores que se deben tener en cuenta para cotizar al sistema de seguridad social y cuáles se descartan, acorde a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2013, la que establece que sin perjuicio de lo destinado para otros fines, para efectos de la cotización al sistema de seguridad social, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40%, del total de la remuneración, por lo que se hace indispensable la distinción de que factores que no son elementos constitutivos de salario, son remuneración, es decir, contraprestación al servicio y cuáles de ellos no.

Por ello, para realizar el cálculo en forma apropiada, es decir, para sumar todos los factores que sean remuneración, hay que destacar que algunos de los que son elementos no constitutivos de salario, deben ser excluidos para dicho cálculo en razón de que no son factores de remuneración sino ahorro del trabajador, verbigracia la cesantía y la pensión; otros son reflejo de las utilidades que recibe el empleador en su ejercicio, del cual por obligación legal lo hace partícipe al trabajador, ejemplo la prima de servicios y, otros como los viáticos ocasionales que recibe el trabajador no para su peculio sino para cumplir en forma adecuada la labor encomendada, así como también el auxilio de transporte y los gastos de representación,

cuestiones que deberán ser tenidas en cuenta a la hora del cálculo del total de la remuneración para con ello sacar el 40% como máximo porcentual de los pagos que no son salario, exentos para efectos del pago de aportes a la seguridad social.

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-710/96, Referencia: Expediente D-1292, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Arango Mejía, respecto a lo que debe considerarse elementos constitutivos de salario, analizó que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tan solo hace una labor enunciativa, a guisa de ejemplo, pero que pueden existir elementos que tengan la connotación de retribución al trabajo y por tanto, deberán ser considerados como elementos integradores del mismo. Al respecto en uno de sus apartes manifestó:

“SALARIO-Pagos que no lo constituyen

La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente. El artículo se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. En caso de que los regímenes salariales desconozcan la norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada. Nada obsta para que el legislador, en relación con determinadas prestaciones, establezca que ellas, a pesar de no ser salario, se consideren como tal, para asignarle determinados efectos.”
(resaltado fuera de texto).

Igualmente, la H. Corte clarifica lo relativo a las asignaciones que el trabajador recibe, las mismas que cuando son retribución al servicio prestado, son salario, así como también aquellas que no lo son, como es el caso del auxilio de transporte, cuando en Sentencia C-892/09, Referencia: expediente D-7742, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, al respecto manifestó:

“SALARIO-Concepto/SALARIO-Conformación/SALARIO-Comprende las distintas modalidades de ingreso del trabajador en contraprestación directa del servicio/SALARIO-Pagos que no lo constituyen

El salario, según lo dispone el artículo 127 CST., subrogado por el artículo 14 de la Ley 50/90, está conformado no sólo por la remuneración ordinaria, fija o variable, sino por 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. **Esta definición excluye, por ende, otro tipo de ingresos laborales que no están dirigidos a retribuir dicho servicio, sino a asumir riesgos o gastos de otra naturaleza, y dentro de la categoría de pagos no constitutivos de salario quedan incorporados (i) las indemnizaciones que asume el patrono por daños o demás detrimentos que sufra el trabajador en el marco de la relación laboral; (ii) la remuneración del trabajador durante el descanso obligatorio (vacaciones y días no laborables de naturaleza legal y/o estipulados en el contrato respectivo); (iii) las sumas o bienes que recibe el trabajador con el fin de ejercer cabalmente sus funciones, como sucede con el auxilio de transporte de que trata la Ley 15/59, al igual que los demás conceptos que enlista el artículo 128 CST.; y (iv) aquellos montos que recibe el trabajador por simple liberalidad del empleador y no como contraprestación por el servicio personal que presta.”** (resaltado fuera de texto).

En otro de sus apartes manifiesta:

“ (...)”

*En suma, los ingresos que no se encuadran dentro de ese concepto refieren a (i) los montos que la doctrina ha denominado como “pagos no constitutivos de salario”, descritos por el artículo 128 CST, y relativos 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 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; (ii) el descanso remunerado generado por las vacaciones o los días no laborables; (iii) 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; según lo expresa el artículo 128 CST; y (iv) las indemnizaciones. Estos ingresos, como se ha señalado, quedan excluidos del concepto “salario o prestaciones en dinero” **en tanto no corresponden a una retribución por el servicio que presta el empleado o el pago generado por la cobertura de los riesgos inherentes al empleo.”** (resaltado fuera de texto).*

De la interpretación autorizada dada por el máximo Tribunal, cabe destacar que no por el hecho de sean elementos no constitutivos del salario forman parte del porcentual para el cálculo que no supere del 40% del total de la remuneración, requerido para el pago de aportes al sistema, sino que hay que tener presente, cuáles de ellos son pagos no retributivos al servicio prestado, para excluirlos de la liquidación respectiva, no solamente por el hecho de que pertenezcan al listado enunciativo del Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, sino porque realmente no sean retribución al servicio prestado.

Con respecto a las prestaciones sociales de los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo, como la Prima de Servicios, cabe destacar que ésta no es considerada como remuneración porque no es retribución al servicio teniendo connotaciones de reflejo de la repartición de utilidades del empleador y, por tanto, está excluida de los factores para cotizar al sistema, tal como lo aprecia el Acuerdo de la UGPP.

Esta postura se corrobora con lo dicho por la Corte Constitucional Sentencia C-034/03.- Referencia: expediente D-4131 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett., la cual en su parte pertinente a la letra dice:

“Naturaleza de la prima de servicios

5.- Esta Corte ya ha tenido la oportunidad de referirse a la naturaleza de la prima de servicios cuando tuvo que analizar la constitucionalidad de lo establecido en el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo que determina que ésta no hace parte del salario. La noción de lo que constituye salario es de suma importancia, porque con base en ella se verifican las liquidaciones de las prestaciones sociales en la forma reglamentada por la ley[3].

La sentencia C-710 de 1996, MP Jorge Arango Mejía, estudió entonces la norma que establece que la prima no hará parte del salario ante una demanda según la cual tal disposición desconocería el derecho del trabajador a recibir la remuneración por su servicio, porque la prima es producto de la relación laboral. En aquella ocasión consideró la Corte que la naturaleza jurídica de la prima de servicios hace aceptable su exclusión como factor salarial. Dijo entonces esta Corporación lo siguiente:

*“La prima de servicios se introdujo en la reforma laboral del año 1950, **para sustituir la obligación que tenían los patronos de dar a sus trabajadores una participación en las utilidades de la empresa**, así como la prima de beneficios, prevista en el régimen laboral derogado. El pago de utilidades se había convertido en uno de los conflictos constantes entre patronos y trabajadores, de manera que el legislador se ideó una forma alternativa de permitir al trabajador recibir una suma determinada de dinero, que, en cierta forma, represente su participación en las utilidades de la empresa”.*

*La Corte concluyó entonces que el Legislador podía establecer que la prima de servicios no fuera considerada factor salarial **pues no era en sentido estricto la retribución de la labor prestada por el trabajador sino una forma de participación en las utilidades empresariales**. Incluso es claro que por su carácter de participación en las utilidades no todo patrono está obligado a pagarla...”*

Igualmente, la cesantía como la pensión de jubilación, las cuales tienen diferente origen, se asemejan respecto de que ninguna de ellas es remuneración al servicio prestado por el trabajador, por cuanto la primera, NO es retribución al trabajo, porque está considerada como un ahorro del trabajador en manos del Empleador y la segunda al decir de la H. Corte Constitucional, tampoco lo es, por cuanto según el máximo Tribunal las pensiones no son un regalo del Empleador sino el fruto del ahorro del trabajador, durante el tiempo que presta su servicio .

En Sentencia C-710/96 Referencia: Expediente D-1292. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Arango Mejía, respecto de la cesantía, la H. Corte Constitucional, expuso:

“AUXILIO DE CESANTIA-Alcance

*El auxilio de **cesantía** consiste en una especie de ahorro que el patrono está obligado a cancelarle por ley al trabajador, a la terminación del vínculo laboral, **como una forma de ayuda**, mientras permanece cesante. ... “ (resaltado fuera de texto).*

Con respecto a la pensión la H. Corte afirmó que la misma no es una dádiva ni de la Nación, ni del Empleador, sino un ahorro que durante todo el tiempo que prestó servicio lo consiguió con su esfuerzo y el paso del tiempo. Al respecto en Sentencia C-247/01 Referencia: expediente D-3129 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte al manifestó:

“PENSIONES LEGALES-Naturaleza jurídica/PENSIONES LEGALES-Devolución de ahorros/PENSION DE JUBILACION-Suspensión y retención por delitos contra empleador/DERECHO DE DEFENSA DEL PENSIONADO-Suspensión y retención por delitos contra empleador

*La pensión **constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo**, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva de la Nación ni del empleador, sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador. La no devolución de ese ahorro coactivo y vitalicio denominado "pensión" equivale, ni más ni menos en este caso, a un comiso de características especialísimas, puesto que el bien decomisado no tiene relación alguna con el presunto delito que se le imputa al pensionado, y la privación del mismo se efectúa sin intervención de funcionario judicial alguno, y sin posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa que le asiste para defender su patrimonio.”* (resaltado fuera de texto).

Por tanto, si la Corte Constitucional considera la pensión como el fruto del ahorro del trabajador, NO sería remuneración porque no lo recibe como contraprestación del servicio, sino por las razones antes descritas en la sentencia mencionada, por tanto, ni la cesantía, ni la pensión afectarían el porcentual al que se hace referencia en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, del 40% de la remuneración como máximo para los pagos que no constituyen salario, es decir, que el Empleador puede cancelar tanto la cesantía, como la pensión así como otros pagos que no conlleven la connotación de retribución de su servicio, libremente en su cuantía, diferente a la retribución de sus servicios, como son los pagos que constituyen salario y pagos que no lo son, estos últimos que si superan el 40% de la remuneración antes descrita, deberán ser tenidas en cuenta como base para los aportes al sistema, ello por cuanto la misma Ley 1393 de 2010, en su artículo 30 transcrito ut supra, reconoce que el Empleador puede cancelar al trabajador cifras en dinero que no guardan relación con la prestación del servicio, cuando a la letra dice en su aparte pertinente “ .. **Sin perjuicio de lo previsto para otros fines ...**”, por cuanto en muchas ocasiones, el Empleador querrá y/o deberá cancelar o pagar a su trabajador, cifras que en nada tiene que ver con la prestación del servicio, sino por razones concomitantes con el servicio sin que sean retribución a él en si mismo, verbigracia, el de la conciliación de las indemnizaciones plenas, sin juicio alguno entre las partes involucradas.

Con respecto al viático permanente, la H. Corte Constitucional, estableció que es salario y, su concepción legal igualmente lo establece como remuneración, en el Artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, pero únicamente en cuanto a alojamiento y manutención, por tanto, debe ser parte de la sumatoria para el pago de aportes al sistema; sin embargo, bien está descartar las cifras que no tengan que ver con estos dos conceptos. Así la Sentencia No. C-081/96, Ref.: No. D-1054, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, estableció en su parte pertinente:

“LIBERTAD DE CONFIGURACION POLITICA DEL LEGISLADOR-Exclusión de factor salarial

*La Corte considera que el Legislador podía, dentro de su libertad de configuración, **excluir como factor salarial aquellos viáticos permanentes para gastos de representación o transporte, por considerar que ellos no son una retribución por la labor del trabajador, ni sirven para satisfacer sus necesidades. Y, con el mismo criterio, también es una opción razonable la exclusión de los viáticos extraordinarios.** Son opciones de política laboral que el Legislador podía tomar dentro del marco de la Constitución, pues la Carta no impide que la ley establezca una diferenciación en materia de viáticos.”*

La misma Jurisprudencia a la letra dice respecto del viático permanente:

“VIATICOS PERMANENTES-Concepto

*A partir de la expresa definición del viático accidental (numeral 3º del artículo 17 de la Ley 50/90), **se deduce el concepto tácito de viático permanente**, pues tienen tal naturaleza aquellas **remuneraciones que el patrono da al trabajador para requerimientos ordinarios, habituales y frecuentes.** La diferencia entre viáticos establecida en el artículo 17 de la Ley 50 de 1990 se ajusta entonces a la Constitución Política.*

VIATICOS PERMANENTES-Carácter salarial

El trabajador puede acudir ante la justicia laboral cuando el patrono desconozca el carácter salarial de los viáticos permanentes destinados a proporcionar manutención y alojamiento.” (resaltado fuera de texto).”

En conclusión el Empleador deberá tener presente que los pagos no constitutivos de salario, que se realicen como contraprestación del servicio, que superen el 40% del total de la remuneración, deberán ser tenidos en cuenta para los aportes al sistema de seguridad social.

Sin embargo, hay que tener presente que con respecto a la aplicación del **Acuerdo 1035 de 2015**, de la **Unidad de Pensiones y Parafiscalidad UGPP** en la sesión del Consejo Directivo del día 9 de febrero de 2016, resolvió adoptar como **medida transitoria la suspensión de dicho Acuerdo**, en lo referente a incluir como pagos no salariales a las prestaciones sociales, para efectos de determinar el Ingreso Base de Cotización (IBC), tratándose del cálculo que se debe realizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

En este sentido, **el efecto de suspensión será transitorio mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emite su pronunciamiento**, sobre la aplicación del literal a) numeral 1) de la sección II del citado Acuerdo, referente a la inclusión de las prestaciones sociales para determinar el IBC, **en virtud de la aplicación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010** y es consecuencia, conforme al criterio de esta oficina no podría darse aplicación al referido Acuerdo hasta tanto el Consejo Directivo de la UGPP emita su pronunciamiento al respeto.

2 Con respecto al ingreso base de liquidación para el pago de cotizaciones al sistema durante las incapacidades

Se debe distinguir cuando la contingencia es de origen común y cuando es de origen laboral, pues de ello dependerá la base de liquidación:

2.1. Con respecto a las cotizaciones al sistema cuando se trata de **contingencia de origen común**

Cabe destacar que el Decreto 1406 de 1999 “*Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones*” en su artículo 40, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, compilado en el Decreto Unico Reglamentario del Sector Salud, 780 de 2016, establece el ingreso base de cotización durante las incapacidades, norma que a la letra dice en su artículo 3.2.1.10:

“Artículo 3.2.1.10 Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, **se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.**

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, el pago del valor de los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud, en la parte que de ordinario corresponderían al aportante con trabajadores dependientes, será responsabilidad de la EPS a la cual se encuentre afiliado el incapacitado. En este evento, la EPS descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente. El valor de los aportes que, de conformidad con lo establecido en el presente inciso, corresponde cubrir a la EPS, se adicionará al valor de la respectiva incapacidad.

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

Serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.

En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la Ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.

(...)

Parágrafo 2°. Durante los periodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar su autoliquidación de aportes al Sistema a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.” (resaltado fuera de texto)

2.2. Cuando se trata de **CONTINGENCIA DE ORIGEN LABORAL**

Con respecto al ingreso base de liquidación, **cuando se trata de contingencia de origen laboral**, es decir, accidente de trabajo o enfermedad profesional, es diferente a la de origen común, pues las incapacidades las cancela el sistema de seguridad social en riesgos laborales, en el 100% del ingreso base de cotización, desde el día siguiente al de ocurrencia de la contingencia, de acuerdo a lo normado por la Ley 1562 de 2012, “*Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional*”, en su artículo 5 que a la letra dice:

Artículo 5°. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

a) Para accidentes de trabajo El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, 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 Laborales a la que se encuentre afiliado;

b) Para enfermedad laboral El promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral. En caso de que la calificación en primera oportunidad se realice cuando el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa se tomará el promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado fuese inferior, del Ingreso Base de Cotización (IBC) declarada e inscrita en la última Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encontraba afiliado previo a dicha calificación.

Parágrafo 1°. Las sumas de dinero que las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales deben pagar por concepto de prestaciones económicas deben, indexarse, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento del pago certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

Parágrafo 2°. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de

la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 3°. El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán ; entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.

Parágrafo 4. El subsidio económico por concepto favorable de rehabilitación a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones se reconocerá en los términos del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 o la norma que lo modifique o sustituya” (resaltado fuera de texto)

Por tanto, el Empleador debe tener en cuenta primeramente el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social en Salud, compuesto por los factores salariales y los no salariales de los cuales se encuentra exento solo hasta el 40% del total del ingreso y una vez realizada la cotización en los parámetros antes señalados, cuando se presente una contingencia durante la incapacidad, el ingreso base de liquidación, será sobre el valor cancelado al trabajador durante la incapacidad, en atención a lo normado por el artículo 3.2.1.10 del Decreto Unico Reglamentario del Sector Salud 780 de 2016, que compiló lo normado por el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 Parágrafo primero, a su vez modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, haciendo la distinción de cuando se trata de contingencia de origen común en la cual el trabajador recibe los tres primeros meses el 67% del ingreso y a partir del cuatro mes, el 50% y cuando se trata de contingencia de origen laboral recibe el 100% del ingreso.

Para el pago de cotizaciones durante las vacaciones y los permisos remunerados, el Empleador debe tener presente lo normado en el Decreto 780 de 2016, norma que en su artículo 3.2.5.1, a la letra dice:

“Artículo 3.2.5.1 Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. Para efectos de liquidar los apodes correspondientes al periodo durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador. Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los apodes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos. La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso. En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales. Parágrafo. En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes

al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados. (Art 70 del Decreto 806 de 1998)

3 Para el pago de aportes parafiscales

El artículo 17 de la Ley 21 de 1982, “*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones*”, establece la obligación de los Empleadores de pago de aportes parafiscales los cuales se hacen con base en la nómina mensual de salarios, entendida ésta como la sumatoria de todo lo que recibe el trabajador por parte del Empleador como contraprestación del servicio, 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.”

Al pagar los aportes parafiscales con relación a las vacaciones, se debe tener presente que si bien es cierto la vacación no es considerada una prestación social, sino un derecho al descanso remunerado por haber laborado al servicio del Empleador durante un año de servicio, también es cierto, que cuando el trabajador no ha podido disfrutar su descanso, durante el contrato de trabajo o la relación laboral, al finalizar estos tiene derecho a que se le compense en dinero las vacaciones no disfrutadas, pues el desgaste del trabajador es un hecho, por el tiempo transcurrido.

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-035/05, Referencia: expediente D-5290, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, al respecto de las vacaciones y su compensación manifestó:

“... Las vacaciones como acreencia laboral, es un derecho que se otorga a los trabajadores con el propósito de reconocer el desgaste natural derivado de la prestación continua e ininterrumpida de sus servicios por un lapso considerable de tiempo. Y que, en principio, le corresponde a la autoridad competente de cada Estado, conforme lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo, determinar el período mínimo de servicios que dan derecho a su reconocimiento. Precisamente, en el caso colombiano, la autoridad llamada a señalar las condiciones para acceder a las vacaciones, como derecho y garantía prevista en las normas laborales, es el legislador.

“VACACIONES-Período mínimo para su compensación

El derecho a descansar en tratándose de las vacaciones es de carácter principal, y el de compensarlas en dinero tiene un carácter excepcional, porque sólo se otorga la remuneración económica cuando aquél ya no puede ejercitarse o disfrutarse; siguen siendo derechos de igual naturaleza porque nacen del mismo presupuesto de hecho, consiste en el transcurso de determinado

tiempo de trabajo que haga exigible reponer el deterioro sufrido por el trabajador ante jornadas considerables de prestación de servicios. Decir entonces que las vacaciones compensadas surgen día a día, sin someterse eventualmente a un período mínimo de tiempo, implica desconocer que dicha acreencia debe su origen a la exigencia de permitirle al trabajador recuperar las energías gastadas por la actividad desarrollada a través del descanso, para suponer que se trata de una prestación que emana de la simple vigencia del contrato de trabajo.

Por ello, cuando finaliza la relación laboral o el contrato de trabajo, puede presentarse la situación de que el trabajador no haya podido disfrutar el período de vacaciones causadas, razón por la cual, es factible el pago de las mismas compensadas en dinero, caso en el cual no hay obligación sobre esa cifra de pagar aportes al Sistema de Seguridad Social, pues el trabajador no disfruta de vacaciones, sino que recibe una compensación en dinero por el no disfrute de las mismas, lo que no ocurre cuando el período de vacaciones se dentro de la relación laboral o la vigencia del contrato de trabajo.

No así con respecto al pago de aportes parafiscales, pues el pago de las vacaciones compensadas hace parte de la nómina de salarios que recibe el trabajador, caso en el cual todo Empleador debe dar aplicación a lo normado por el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, antes transcrito, que preceptúa que el pago de aportes parafiscales se hará sobre la nómina mensual de salarios, en la acepción que de ella trae la misma disposición, es decir, que debe hacerlo sobre todos los pagos que realiza el empleador a sus trabajadores, pues la expresión “nómina mensual de salarios”, de la norma en comento, debe ser entendida como todo lo que se cancela al trabajador, por tanto, el Empleador seguirá en estricto rigor lo preceptuado en ella,

Corroborar esta circunstancia la Circular externa # 18 de abril 16 de 2012, expedida por el Ministerio de Trabajo, en la que se plasma la postura del más alto tribunal de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, el que se pronunció sobre una consulta que al respecto le hiciera esta Cartera Ministerial, la que en sus apartes al respecto dispuso:

“ (...)

a) *Obligatoriedad de Pago de Aportes Parafiscales*

El artículo 2o de la Ley 27 de 1974, modificado por el artículo 1o de la Ley 89 de 1988, creó la obligación parafiscal a favor del ICBF estableciendo que a partir de su vigencia todos los empleadores y entidades públicas y privadas destinarían a ese efecto una suma equivalente al 3% del valor de su nómina mensual de salarios.

El artículo 7o de la Ley 21 de 1982, determina que están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), la Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Departamentos, el Distrito Capital y los Municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal y los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

El artículo 9o ibídem, establece que “Los empleadores señalados en los artículos 7o y 8o de la presente ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes”.

La misma Circular en su numeral II, estableció que sobre la remuneración cancelada al trabajador por las vacaciones compensadas en dinero, al finalizar su relación laboral o el contrato de trabajo, por no haber podido disfrutarlas en su momento, es necesario pagar aportes, debido a que forman parte de la nómina de salarios en la acepción que de ella trae el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, transcrita ut supra. Al respecto la Circular manifiesta:

“II. Vacaciones compensadas

El artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo define las vacaciones como un descanso remunerado de 15 días hábiles consecutivos una vez cumplido el año de servicios; razón por la cual las vacaciones no se incluyen para la liquidación de las prestaciones sociales ni para la liquidación de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por cuanto no constituyen factor salarial ni se incluye dentro del salario.

Sin embargo, tratándose de los aporte parafiscales, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, establece que “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”. (Subrayado es nuestro).

De acuerdo con el mandato legal, al ser las vacaciones un descanso remunerado, los pagos por dicho concepto hacen parte del concepto de nómina mensual de salarios y por tanto, se incluyen en la base para liquidar los aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar.

En el caso de las vacaciones compensadas, y ante la existencia de diversas y opuestas interpretaciones fundamentadas en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como son: a) Que las vacaciones compensadas en dinero a la terminación del contrato de trabajo o en la vigencia del mismo cuando el Inspector del Trabajo lo ha autorizado, por tener la connotación de indemnización compensatoria, desvirtúan la denominación de descanso remunerado, y bajo tal perspectiva no harían parte de la base para liquidar aportes parafiscales; y b) Que las vacaciones pagadas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o a la terminación hacen parte de la base para la liquidación y pago de los aportes parafiscales al Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, el Ministerio formuló consulta al Consejo de Estado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esa alta corporación en Concepto número 2.013 del 8 de febrero de 2011, con referencia a los factores que hacen parte de la base para el cálculo de los aportes parafiscales al ICBF, conceptuó: que para determinar la base de liquidación de los aportes parafiscales, las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella hacen parte del concepto

de pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982; así mismo estableció que, para efectos de determinar la base para el cálculo de los aportes parafiscales, además de la totalidad de los pagos hechos por descansos remunerados, los factores salariales que se deben considerar “nómina” en términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 son los que la ley laboral reconoce como tales.

En el marco de la normatividad precitada, y bajo el entendimiento que el descanso remunerado de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, comprende tanto las vacaciones disfrutadas como las pagadas en dinero y por ende en ambos casos el pago se origina en la obligación de remuneración del descanso a que tiene derecho el trabajador, lo que determina su inclusión en la base sobre la cual se liquidan los aportes al Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, este Ministerio, en aras de establecer un criterio unificado frente al tema, y acogiendo el concepto 2013 del 8 de febrero de 2011 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se permite precisar que las vacaciones reconocidas en dinero en cualquier momento de la relación laboral o al final de ella hacen parte de los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales de que trata el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y, en consecuencia, hacen parte de la base para liquidar el aporte parafiscal al Sena, ICBF, y Cajas de Compensación Familiar.

Por ello el Empleador que compense en dinero las vacaciones que el trabajador no alcanzó a disfrutar durante la vigencia de su contrato de trabajo o de la relación laboral, cuando los mismos hayan terminado, tendrá la obligación de aportar sobre esos dineros, en la nómina mensual de salarios pagados a sus trabajadores, los correspondientes aportes parafiscales, en atención a las normas antes transcritas, no así con respecto a los aportes al Sistema de Seguridad Social integral, los mismos que tan solo deben ser pagados hasta la fecha en la que culmine el contrato de trabajo o la relación laboral, sobre el salario devengado por el trabajador, es decir, que por los valores cancelados por las vacaciones compensadas al trabajador, no se aporta al sistema.

4. Con respecto a la forma de pago de las incapacidades cuando el trabajador tiene un contrato de trabajo o una relación laboral y tiene igualmente un contrato de prestación de servicios

Cuando un trabajador se incapacita, recibe por parte de la Empresa Promotora de Salud o de la Administradora de Riesgos Laborales, según el origen, por intermedio de su Empleador, el auxilio monetario por incapacidad en las mismas fechas en las cuales el Empleador cancelaba el salario y el trámite del pago de dicha incapacidad, lo hace el Empleador por ser el aportante al sistema de seguridad social, para lo cual

el trabajador solamente debe presentar el parte de la incapacidad que le otorga el Médico, en atención a lo normado por el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*” norma que a la letra dice:

“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Por tanto, la incapacidad del trabajador es tramitada por el Empleador aportante; en cambio cuando se trata de un contratista, que para el caso planteado en su consulta es el mismo trabajador, para el Sistema de seguridad social es considerado como trabajador independiente, por tanto, las incapacidades deben ser tramitadas por el contratista ante el Sistema de seguridad social.

Cabe destacar que la Ley 1753 de 2015 “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, en su artículo 135, prescribe lo concerniente al ingreso base de cotización para los contratistas vinculados mediante un contrato de prestación de servicios, disponiendo que debe pagarse el 40% del valor mensualizado del contrato, es decir, que es el monto mensual del contrato, lo que da origen a la cuantía de la cotización la misma que debe ser mensual, no el número de días mensuales involucrados en el contrato; por tanto, será el 40% del valor mensualizado del contrato con el que deba cotizarse al sistema; en atención a lo establecido por el artículo 135, norma que a la letra dice:

“Artículo 135- Ingreso Base de Cotización (IBC) de los independientes.

Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial

de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 5o de la Ley 797 de 2003.”

Por tanto, cuando se trate de un contrato de prestación de servicios, deberá cotizarse al sistema de seguridad social por el 40% del valor mensualizado del contrato, tal como lo establece la norma antes transcrita.

Por tanto, si existe un contrato de trabajo, en el que el Empleador cotiza por su trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral y con posterioridad suscribe con el mismo trabajador un contrato de prestación de servicios, el contratista es quien debe tener en cuenta el límite de la cuantía para los aportes al Sistema de Seguridad Social, que es de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en atención a lo normado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003, norma que a la letra dice:

“Artículo 5 El inciso 4 y parágrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 quedarán así:

Artículo 18. Base de Cotización. 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.

Lo propio es corroborado por el artículo 3 del Decreto 510 de 2003, compilado en el Decreto Unico Reglamentario de Pensiones 1833 de 2016, en el artículo 2.2.3.1.7, norma que establece los límites a la base de cotización a pensiones, que es la misma cuantía que la cotización al sistema de seguridad social en salud:

"Artículo 2.2.3.1.7. LÍMITES A LA BASE DE COTIZACIÓN A PARTIR DE MARZO DE 2003. La base de cotización del sistema general de pensiones será como mínimo en todos los casos de un salario mínimo legal mensual vigente, y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite este que le es aplicable al sistema de seguridad social en salud. Este límite se aplicará a las cotizaciones cuyo pago debe efectuarse a partir del mes de marzo.

La base de cotización para el sistema general de pensiones deberá ser la misma que la base de la cotización del sistema general de seguridad social en salud.

PARÁGRAFO. Cuando una persona dependiente deba realizar cotizaciones adicionales como independiente o por prestación de servicios, para los efectos del párrafo primero del artículo 5o de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, deberá informar en los formatos que para tal efecto establezca la Superintendencia Financiera de Colombia el ingreso que efectivamente perciba, manifestando la fuente de sus recursos.

(Decreto número 510 de 2003, artículo 3o).

Sin embargo, el trámite de las incapacidades las haría el contratista por ser el aportante, cuando se trate de incapacidades de origen común, no así con respecto a las incapacidades del contratista cuando las mismas se derivan de una contingencia de origen laboral, pues el aportante a riesgos laborales es el contratante por ser el que crea el riesgo para el contratista, a pesar de que el monto es descontado con autorización del contratista del valor del contrato.

En conclusión, con respecto al trabajador vinculado en forma dependiente, cuando se trata de contingencia de origen común el pago de las incapacidades las hace el Empleador quien realiza el trámite de la incapacidad sea de origen común o de origen laboral; mientras que cuando se trata de contratistas de prestación de servicios, ante la ocurrencia de una contingencia de origen común el trámite para el pago de la incapacidad la hará el propio contratista por ser el aportante, mientras que si se tratara de una contingencia de origen laboral, tanto el pago como el trámite la hará el contratante, debido que para el sistema es el aportante y quien crea el riesgo laboral para el contratista, trámites de causas diferentes, es decir, que tanto para el trabajador como para el contratista de prestación de servicios, las incapacidades que otorga el sistema se tramitarían independientes.

5. Con respecto al pago de los aportes cuando el trabajador se encuentra incapacitado

La Oficina reitera lo ya dicho con antelación, haciendo hincapié en la diferencia del pago de aportes cuando la incapacidad es de origen común o es de origen laboral, que como se verificó se utilizan bases diferentes, pues mientras en la primera la base es de 67% o 50% según se trata de los primeros tres meses o los

meses entre el cuarto y el sexto, respectivamente y la incapacidad de origen laboral, cuyo porcentual es de 100%.

Los aportes parafiscales según se observó con antelación, se cancelan con base en la nómina mensual de salarios, en la acepción del artículo 17 de la Ley 21 de 1982, transcrito ut supra, en la respuesta al punto tercero de su consulta.

Para mayor 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 presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Adriana C.

Revisó: Maria G.

Aprobó: Dra. Marisol P.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\30-11-2017\11EE2017120000000045448 Jorge Vera Ibl para pago de incapacidades.docx+