

ti) MINTRABAJO

TODOS POR UN
NUEVO País

1200000 222844
Bogotá D.C. 23 Ole. 2014

PAGOS POR DISPONIBILIDAD CONSTITUYEN O NO SALARIO

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si los pagos realizados por concepto de disponibilidad en el sitio de trabajo constituyen salario, en los siguientes términos:

En primer lugar, le indicamos que una de las funciones de esta Oficina es la de absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas de la legislación colombiana sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal, por tal razón la respuesta a su solicitud se dará en tal sentido.

Como primera consideración resulta necesario indicar que el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, establece cuales son los elementos constitutivos del salario a saber:

"ARTICULO 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" (Negrilla fuera de texto)

De la norma preinserta es preciso decir que la misma menciona algunos factores que integran o constituyen salario, sin que sea taxativa, esto quiere decir que no solamente los elementos que indica la norma son salario, por el contrario, cualquier retribución directa que se otorgue al trabajo por su servicio, sin importar el nombre que a la misma se le de, constituye salario.

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.miotrabajo.gov.co

(i) MINTRABAJO

TODOS POR UN NUEVOPAIs

Por su parte, el Artículo 128 del mismo migo, el cual fue modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, contempla los pagos que se hacen al trabajador que no constituyen salario, al señalar en su tenor literal:

"ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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."

Se puede observar claramente que el Artículo 128 establece cuatro (4) categorías de pagos que no constituyen salario así:

1. Sumas entregadas por la mera liberalidad (por la propia voluntad) del empleador.
2. Lo que recibe trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.
3. Las prestaciones sociales.
4. Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que hayan sido acordados por convencen colectiva o mediante contrato, o que hayan sido otorgados de manera extra legal por el empleador, siempre que las partes del contrato de trabajo hayan estipulado expresamente que no constituyen salario.

De las categorías que se mencionan, las Nos. 2 y 3 no adquieren la calidad de pagos que no constituyen salario y por tal rain no son objeto de pactos de exclusión salarial, pues de suyo no constituyen factor salarial, es decir, por su propia naturaleza, pues en el caso de los pagos mencionados en el numeral 2, se hace referencia a elementos o herramientas de trabajo.

En cuanto a las prestaciones sociales (mencionadas en el numeral 3'), aquellas no son salario por expresa disposición legal, como en el caso de la prima de servicios (artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo), o por discernimiento jurisprudencial, como es el caso de auxilio de cesantía.

De otra parte, la categoría de pagos mencionada en el numeral 1 (sumas entregadas al trabajador por mera liberalidad del empleador) puede ser objeto de pacto de exclusión salarial, sin que sea obligatorio constituirlo de esta forma, ya que en virtud del Artículo 128 son pagos no constitutivos de salario, mientras que, la categoría de pagos del numeral 4 (beneficios habituales u ocasionales), requiere específicamente que hayan sido objeto de pacto, vía convencen colectiva, contrato, u otra forma, siempre que las partes hayan indicado expresamente que tales pagos no constituyen salario en: dinero o en especie, es decir que, para que los beneficios habituales u ocasionales no constituyan

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co

MINTRABAJO

TODOS POR UN
NUEVO~

salario válidamente, deben ser objeto de un pacto de exclusión salarial, sin embargo si se trata de pagos que expresamente retribuyan el servicio serán salario. así hayan sido excluidos.

Ahora bien, otro fenómeno a tener en cuenta, lo constituye la disponibilidad, la que se entiende como la obligación que tiene un trabajador de acudir a cumplir ciertas funciones o labores en el momento en que así se lo exija su empleador,

Mientras se encuentre disponible, en principio podría considerarse que no cumple con ningún trabajo, sin embargo como es un tema no establecido o definido en nuestra legislación laboral, resulta procedente acudir a lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de mayo de 1968:

11°. no toda "disponibilidad" o "vocación" permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada "disponibilidad" tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda "disponibilidad" dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral.

... No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de "disponibilidad" como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono. significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono. se cumple en el lugar de servicio. sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos. dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal "disponibilidad" si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse. con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse. dormir. salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa. sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente. no puede considerarse dentro de la jornada laboral... Es cierto que la "disponibilidad" normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado... Más la sola "disponibilidad" convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por si sola, va que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria..." (Resaltado fuera de texto)

Posteriormente, la misma Corte se pronunció en el siguiente sentido:

"Como se deduce de tal definición legal, el trabajo que regula el Código Sustantivo se halla vinculado en esencia al concepto ontológico de "actividad" o de esfuerzo consciente del ser humano, relacionado específicamente con su análogo de "ejecución" o de realización, expresiones estas que según el sentido filológico que les conviene y que el uso general les

PBX: 4893900 - FAX: 4893100

www.mintrabajo.gov.co

acuerda, confluyen a que el trabajo, en su contenido social y económico, implica un desarrollo positivo y actuante, no solo potencia o latente, de energía humana, psíquica o corporal, o mejor, de prestación efectiva de un servicio que supone tal despliegue de energía. Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5 del Código Sustantivo del Trabajo es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa en éste de obedecerlas, no constituye en sí mismo ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La sola disponibilidad es, en realidad, una equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de trabajo y contribuye como tal, en caso de duda, a su debida identificación". Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 11 de abril de 1970.

.De lo expuesto se concluye que para determinar si el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador constituye jornada laboral, deberá analizarse las condiciones que rodean la misma; así tal como lo señala la jurisprudencia mientras no se dé la prestación del servicio para el cual fue contratado el trabajador, ése tiempo no se computaría como jornada laboral, en el entendido que durante tal lapso éste podría dedicarse a otras actividades.

Por otra parte, cuando la disponibilidad se debe cumplir en las instalaciones del empleador, ésta se debería considerar trabajo aun cuando no se ejecute ninguna labor, puesto que su permanencia allí obedece al poder de subordinación del empleador.

Finalmente, debe indicarse al peticionario que una declaratoria en el sentido de determinar si los tiempos en que se encuentra a órdenes del empleador pendiente de cumplir la labor para la cual fue contratado se toman como jornada de trabajo y en tal sentido deberían remunerarse conforme nuestra legislación laboral colombiana, constituye competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no será d obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

(original fdo)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo interno de Atención a Consultas en materia de Seguridad Social Integral