

Honorables Magistrados(as)
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (reparto)
E.S.D.

Referencia : ACCIÓN DE TUTELA
CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Accionantes : CARLOS ALBERTO MEDINA
C.C. No. 6.758.985 de Tunja (Boyacá)

Accionada: : Sala de Casación Laboral Corte Suprema
de Justicia.

CARLOS ALBERTO MEDINA, Identificado con cedula de ciudadanía No.6.758.985 expedida en Tunja (Boyacá), por medio del presente escrito interpongo **ACCION DE TUTELA** en contra de la Sentencia SL1655-2020, Radicación No.69869. Acta 21. En Bogotá D.C. 17 de junio de 2020

1.- AUTORIDAD CAUSANTE DEL AGRAVIO.

Se trata de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Quienes profirieron la sentencia del 3 de julio de 2019 dentro del expediente identificado con el radicado Sentencia En Bogotá D.C. 17 de junio de 2020.

2.- DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.

La autoridad accionada incurrió en violación de los derechos fundamentales

- 1. “DEBIDO PROCESO”, y principios fundantes a la seguridad jurídica –

igualdad y confianza legítima por desconocimiento del precedente jurisprudencial porque desconocieron la protección al concepto de salario y el presupuesto a que “los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores”;

- 2. “LA IGUALDAD”, porque no dieron “la misma protección y trato a quienes deben gozar de los mismos derechos y oportunidades”;
- 3. “INDUBIO PRO OPERATIO Y “PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES LABORALES”
- 4. Desmejoramiento de las condiciones laborales
- 5. porque no tuvieron en cuenta el concepto de protección de salario incorporado en el Convenio 95 de la OIT, “integrantes del bloque de constitucionalidad”.
- 6. Irrenunciabilidad al salario
- 7. Movilidad salarial
- 8. Trabajo igual salario igual
- 9. Mínimo vital

3.- LO QUE SE PRETENDE:

Respetuosamente pido se declare que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al proferir la sentencia enunciada, cometió defectos de conducta que conllevan violación de los enunciados derechos fundamentales de los accionantes, y por consiguiente, profieran sentencia sustitutiva, restableciendo así el cabal goce de tales derechos.

4.- FUNDAMENTO DE HECHOS:

4.1.- Contexto y antecedentes relevantes:

Ecopetrol S.A. han liderado la implementación de la tercerización de actividades propias de las empresas y la temporalidad indefinida, las cuales, a pesar de ser restringidas por la legislación laboral, se han vuelto una constante en el mundo del trabajo.

Hoy en día, se está implementación de la **DESALARIZACIÓN, como parte de desconocimiento de derechos laborales adquiridos**, donde parte del pago periódico del salario, reconocido por el art 127 del CST dice: *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en*

dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, ...”, el cual no reconoce como tal y se les da nombres como “bono”, “auxilio”, “estímulo al ahorro” etc., el cual según la interpretación de la empresa no tiene incidencia salarial, lo que afecta por supuesto el monto de la pensión, esta situación se da en **trasgresión de los principios constitucionales y laborales como la irrenunciabilidad de los derechos laborales**¹.

Ahora bien, para mi caso, es menester recalcar que mi asignación salarial que supuestamente era del 100%, cuyo cargo era Profesional I en la Unidad Organizativa U. Servicios Técnicos y de Laboratorio (Líder de Plantas Piloto) ICP Ecopetrol, entre los años del 26 de junio de 1989 hasta el primer (1) de agosto de 2012. Teniendo que mi asignación salarial desde el 1 de enero de 2011 era por la suma de \$8.670.662, (según registro 3137 oficina de talento humano de Ecopetrol oficio denominado; “*recibo de pago de salarios y/o prestaciones sociales legales y extralegales y/o beneficios.*” Continuando del mismo modo hasta el 31 de diciembre de 2011 y para el 1 de enero de 2012 una asignación salarial por un valor de \$9.051.000.00 hasta el mes de 30 de junio del 2012 y el mes de JULIO UN DESMEJORAMIENTO EN LA ASIGNACION BASICA POR \$4.467.000, suma del cual fue tomada en cuenta para la liquidación de pensión por jubilación.

Sí observamos según oficio No. 2-2012-093-23910 del 3 de septiembre de 2012, se evidencia el valor pensión definitiva en 2012 a: \$ 4.712.800.00; teniendo un promedio de último año por una suma de \$5.984.429 y mediante oficio No. 2-2012-093-1645 del 5 de julio de 2012, cuyo asunto es reconocimiento de pensión de jubilación, donde me informaba que la prestación de servicios a ECOPETROL hasta el día 31 de Julio de 2012, por haber trabajado de 24 años, Un mes y 5 días contando adicionalmente con el requisito de la edad.

En ese orden de ideas, se puede palpar un desmejoramiento salarial señalado dentro de los mismos recibos de pago de salarios y/o prestaciones sociales legales y extralegales y/o beneficios expedidos por la misma empresa ECOPETROL, y del cual inserto dentro del cuerpo de esta. Sin tener en cuenta el ahorro individual, del cual se encuentra inverso en las anotaciones que se mencionaran dentro del acápite y acervo probatorio correspondiente.

¹ El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales - entre ellos el salario-. El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana.

A. POLITICA DE DESALARIZACIÓN - DESREGULACIÓN DE LOS SALARIOS EN COLOMBIA²

Bajo la expedición de la Ley 50 de 1990 abre paso a una política de desalarización yendo en contravía de los compromisos internacionales en especial con el cumplimiento del Convenio 95 de la OIT sobre “Protección del Salario”.

En lo que respecta a lo que constituye salario, el artículo 15 del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la posibilidad de establecer los denominados “pactos de exclusión salarial”, con la salvedad que, se suponía su alcance no era pervertir el concepto mismo de salario, y se podrían aplicar siempre y cuando el monto de exclusión no fuera más del 40% del 100% del salario.

El artículo 15 que adicionó el artículo 128 del CST, referente al salario, permitió 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 del 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.*

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 ver los beneficios propios de este modelo en contra de los trabajadores, y cada vez más empresas empezaron a adoptar esquemas de

² Ver, Discurso Labora. Dra. Paola **Vanessa**. Manrique Villanueva. 2017.

Remuneración que excluían valores específicos del factor salarial mediante la suscripción de pactos de exclusión salarial en los contratos de trabajo.

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 beneficios”, “estímulo al ahorro”, entre otras denominaciones, acordando mutuamente con el trabajador su exclusión del factor salarial.

B. PRONUNCIAMIENTO DE LA OIT PORCESO EN CONTRA DE ECOPETROL S.A. POR DESALARIZACION.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT), realizó un pronunciamiento sobre el tema en referencia, debido a una queja presentada por los trabajadores que son afectados bajo los parámetros realizados por la empresa ECOPETROL, por tales

Con el fin de proporcionar una visión de conjunto de las cuestiones relativas a la aplicación de los convenios ratificados sobre salarios, la Comisión considera oportuno examinar los Convenios núms. 26 y 99 (salario mínimo), y 95 (protección del salario) en un mismo comentario.

La Comisión toma nota de las observaciones de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) sobre la aplicación de los Convenios núms. 26 y 99, recibidas el 31 de agosto de 2018, así como de la respuesta del Gobierno a estas observaciones. También toma nota de las observaciones de la Confederación General del Trabajo (CGT) recibidas el 31 de agosto de 2018, sobre la aplicación del Convenio núm. 99, y de las observaciones de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) sobre la aplicación de los Convenios núms. 26 y 99, recibidas el 1.º de septiembre de 2018, así como de la respuesta del Gobierno a estas observaciones. Además, la Comisión toma nota de las observaciones de la CUT, de la Federación Colombiana de Educadores (FECODE) y de la Asociación de Educadores de Cundinamarca (ADEC) sobre la aplicación del Convenio núm. 95, recibidas el 30 de mayo de 2018. También toma nota de las observaciones de la CGT, de la CTC y de la CUT sobre el mismo Convenio, recibidas el 31 de agosto de 2018, así como de la respuesta del Gobierno a estas observaciones.

En relación con la aplicación del Convenio núm. 95, la Comisión toma nota de la decisión del Consejo de Administración de junio de 2018, de transmitir a la Comisión una comunicación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la CGT, la CTC, la CUT y la Asociación Nacional de Pensionados de Ecopetrol (ANPE 2010) en la que se alega el incumplimiento del Convenio. Teniendo en cuenta que los alegatos presentados por las organizaciones querellantes estaban siendo examinados por la Comisión, el Consejo de Administración decidió transmitir esta comunicación a la Comisión para que haga un examen completo de estos alegatos durante su reunión de 2018.

motivos la OIT, expone lo siguiente:

Salario Mínimo

Artículo 3 de los Convenios núms. 26 y 99. Participación de los interlocutores sociales. La Comisión toma nota de que, en respuesta a las observaciones de la CTC y de la CUT sobre el proceso de fijación del salario mínimo, el Gobierno comunica copia del decreto núm. 2269, de 30 de diciembre de 2017, que establece el salario mínimo legal para 2018. La Comisión toma nota de que, según lo expuesto en la motivación del decreto: i) la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, conformada de manera tripartita, sesionó en plenaria durante varios días en diciembre de 2017, con el fin de fijar de manera concertada el aumento del salario mínimo para 2018, y ii) en sesión de 7 de diciembre de 2017, las centrales obreras (incluyendo la CUT, la CGT y la CTC) y los gremios de empleadores dieron a conocer su posición respecto del incremento del salario mínimo mensual legal vigente.

Protección del Salario

Artículo 1 del Convenio núm. 95. Protección de todos los elementos de la remuneración. En su comentario anterior, la Comisión pidió al Gobierno que comunicara sus comentarios sobre las observaciones de la CTC, la CGT y la CUT que denuncian un fenómeno de «desalarización» en el país, en particular en el sector petrolero, con la conclusión de «pactos de exclusión salarial» en base a las disposiciones del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). La Comisión toma nota de que en su reclamación presentada en 2018, las organizaciones querellantes indican que un «pacto de exclusión salarial» es un pacto individual entre el empleador y el trabajador, en el que se establece que, además del pago del salario, el empleador deposita quincenalmente al fondo de pensión voluntario del trabajador, una suma sin naturaleza salarial denominada «estímulo al ahorro». La Comisión toma nota de que las organizaciones querellantes consideran que el «estímulo al ahorro» constituye salario porque: i) se paga como contraprestación del trabajo; ii) representa en muchos casos más del 40 por ciento del salario, y iii) se paga de manera periódica cada quince días. La Comisión toma nota de que el Gobierno indica que el artículo 128 del CST permite que, por acuerdo entre el trabajador y el empleador, algunos pagos realizados al trabajador de mera libertad por parte de su empleador, no constituyan salario. La Comisión recuerda que en aplicación del artículo 1, todos los componentes de la remuneración de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo, son protegidos por el Convenio, y que el hecho de que una prestación de salario, cualquiera sea su denominación, no se integre en la definición de salario regida en la legislación nacional, no constituye automáticamente una violación del Convenio siempre que la remuneración o ganancia debida, cualquiera que sea su denominación, gocen de la cobertura proporcionada por las disposiciones de los artículos 3 a 15 del Convenio (Estudio General de 2003, Protección del salario, párrafo 47). En estas condiciones, la Comisión considera que los aportes regulares efectuados por los empleadores a los fondos de pensión voluntarios de los trabajadores, denominados «estímulos al ahorro», deben gozar de las protecciones proporcionadas por el Convenio.

Al respecto, en relación con las protecciones proporcionadas por el Convenio, la Comisión toma nota de que las organizaciones querellantes alegan que el sistema de «estímulo al ahorro» no cumple con los requisitos de los *artículos 5* (pago directo al trabajador), *6* (libertad del trabajador de disponer de su salario), y *15* (inspección) del Convenio. Las organizaciones querellantes consideran que no se cumple con los *artículos 5 y 6* por las razones siguientes: i) en vista de la posición dominante del empleador en la relación de trabajo, los trabajadores sabían que si no aceptaban la firma del pacto de exclusión salarial no podían ser susceptibles de ascenso y serían relegados de sus puestos de trabajo; ii) dado que el «estímulo al ahorro» es depositado en el fondo de pensiones, no se paga directamente a los trabajadores, y iii) los trabajadores no pueden disponer de estas sumas en la forma que lo quisieran hacer. En su respuesta, el Gobierno afirma que el pacto de exclusión salarial es libremente aceptado por el trabajador y que su acuerdo se deja consignado en el contrato de trabajo firmado entre las partes. La Comisión recuerda que el *artículo 5*, prevé que el trabajador interesado puede aceptar un procedimiento diferente al pago directo del salario, y que el *artículo 6*, se refiere a la libertad del trabajador de disponer de su salario. En estas condiciones, la Comisión considera que los hechos alegados no implican una violación de estos artículos. En relación con el *artículo 15*, la Comisión toma nota de que las organizaciones querellantes alegan que la inspección del trabajo no investigó de oficio ni sancionó esta práctica. Al respecto, la Comisión observa que algunos casos concretos en relación con todos estos temas están siendo objeto de tratamiento por las jurisdicciones nacionales.

Finalmente, la Comisión toma nota de que las organizaciones querellantes indican que el hecho de que el «estímulo al ahorro» no tenga carácter salarial tiene consecuencias sobre otros beneficios sociales, en particular sobre las pensiones, para los cuales se calcula el beneficio en función del monto del salario de los trabajadores. Al respecto, la Comisión observa que este tema no está regulado en el Convenio.

Artículo 4 del Convenio núm. 95 y artículo 2 del Convenio núm. 99. Pago del salario en

especie. La Comisión toma nota de que en sus observaciones la CGT indica que en el sector agrario, es usual que se incumpla con el máximo establecido por el CST para el pago del salario en especie. La Comisión observa que el artículo 129 del CST limita el pago parcial en especie al 50 por ciento de la totalidad del salario y al 30 por ciento cuando el trabajador devengue el salario

mínimo. **A este respecto, la Comisión pide al Gobierno que proporcione información sobre cómo se garantiza en la práctica el cumplimiento con los límites establecidos en la legislación nacional.**

Artículo 12, párrafo 1, del Convenio núm. 95. Pago del salario a intervalos regulares. La Comisión toma nota de que en sus observaciones, la CUT, la FECODE y la ADEC alegan retrasos en el pago de los salarios en el sector de la educación en la gobernación del departamento de Cundinamarca. **La Comisión pide al Gobierno que comunique sus comentarios al respecto.**

Artículo 4 de los Convenios núms. 26 y 99, y artículo 15 del Convenio núm. 95.

Inspecciones y sanciones. La Comisión toma nota de que en sus observaciones: i) la CTC y la CUT señalan que las sanciones impuestas son muy pocas en comparación con los casos de incumplimiento de las normas sobre salarios, y ii) la CGT denuncia la ausencia de inspección rural efectiva que conlleva a altas tasas de informalidad así como al incumplimiento del pago del salario mínimo legal vigente. La Comisión toma nota de que el Gobierno: i) proporciona información sobre las acciones preventivas de los inspectores del trabajo, el número de investigaciones iniciadas, las resoluciones ejecutorias y las sanciones impuestas en materia de salario, y ii) detalla los avances logrados en la implementación del Sistema de Información, de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo. **La Comisión espera que las medidas adoptadas en este contexto den lugar a progresos en el cumplimiento con las normas en materia de salarios y pide al Gobierno que proporcione información al respecto. También señala que estos temas son examinados en el marco del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y del Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).**

Así mismo, el día 25 del mes de enero de 2020, se realizó una coadyudancia entre La Confederación General del Trabajo (CGT), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y la Confederación de Trabajadores de Colombia (TC), por considerar que la aceptación de la figura del “estímulo al ahorro” como un pago sin incidencia salarial, es una violación del artículo 1 del Convenio 95 de la OIT sobre protección del trabajo, que fue firmado por el gobierno colombiano, presentaron una Reclamación ante la OIT que fue admitida y estudiada por la Comisión de Expertos que decretó su concepto jurídico cuyo concepto jurídico se publicó en Febrero 28 de 2019 y se encuentra publicado en la página oficial de la OIT en el siguiente enlace:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100COMM ENTID:3965278> protección del salario.

En su pronunciamiento la Comisión de Expertos de la OIT dice:

*“La comisión considera que los aportes regulares efectuados por los empleadores a los fondos de pensión voluntarios de los trabajadores, denominados “estímulos al ahorro”, deben gozar de las protecciones proporcionadas por el convenio”, **con lo cual se desvirtúa que el Estímulo al Ahorro sea una “suma sin naturaleza salarial”, tal como afirma Ecopetrol S.A. y que utilizo como argumento ante la Comisión de Expertos de la OIT.”***

(Subrayado es nuestro) evento que la sala Laboral no lo tuvo en cuenta al momento de proferir el fallo judicial.

En este pronunciamiento, la Comisión de Expertos confirma que el hecho de denominar al salario como “estímulo al ahorro” o de depositarse en un fondo de pensiones, éste no pierde su naturaleza. Dándose entonces la posición errónea por parte del juzgador al no observar la vulneración de derechos laborales adquiridos en los trabajadores de Ecopetrol.

En suma de lo antes descrito, se adjunta en la presente acción constitucional los pronunciamientos antes mencionados en calidad de prueba y del cual debe ser tenido en cuenta al momento de preferir este fallo judicial.

5. HECHOS

1. Nací 5 de septiembre de 1954. Trabajando para la empresa ECOPETROL por 24 años 1 mes y 5 días
2. En 26 de junio 1989, se realiza contrato a término indefinido con la empresa ECOPETROL por una asignación mensual salarial de \$257.700 pesos con cargo de Profesional II Grado 15 en el ICP.
3. Ecopetrol S.A. es una sociedad pública por acciones, empresa de Economía Mixta, dedicada a la exploración y perforación de petrolíferos.
4. Empresa vinculada al Ministerio de Minas y Energía conforme a la Ley 1118 de 2006.
5. En el año 2007 en atención al estándar internacional que se exigía en el sector petrolero en materia de salarios, Ecopetrol S.A. inició un proceso de nivelación salarial con el propósito de mejorar la remuneración de sus trabajadores con relación a los trabajadores del mismo sector a nivel internacional evitando así la “fuga de cerebros”, así pues, la competencia internacional llevo a Ecopetrol S.A. a aumentar los salarios por medio de una “Política de Compensación”.
6. Esta política estableció cuatro grupos en los cuales clasificaron a todo el personal según su condición así:

GRUPO 1: Trabajadores SIN retroactividad de cesantías y SIN jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de julio de 2010.

GRUPO 2: Trabajadores SIN retroactividad de cesantías y CON

posibilidad jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de julio de 2010.

GRUPO 3: Trabajadores CON retroactividad de cesantías y SIN jubilación a cargo de la Empresa para el 31 de julio de 2010.

GRUPO 4: Trabajadores CON retroactividad de cesantías y CON posibilidad de pensionarse a cargo de la Empresa.

Estos grupos se crean para que al momento de llevar a cabo acciones salariales se hagan de manera diferenciada.

7. Sin embargo, Ecopetrol S.A., diseñó una política salarial para ser diferenciada entre quienes cuya pensión quedaría a cargo del sistema de seguridad social y a quienes la pensión quedaba a cargo de la empresa (accionantes), violando esto el derecho a la igualdad salarial pues a los trabajadores que estaban a cargo del sistema de seguridad social se les aumentó su salario y los trabajadores que estaban a cargo de la empresa su salario permaneció igual pese a estar el mismo cargo dentro del llamado “mapa de cargos” y desempeñar las mismas funciones.
8. Así pues, para quienes la pensión quedaba a cargo del sistema pensional la nivelación de la remuneración se hizo por medio de incrementos salariales, mientras que para quienes se pensionaban por medio de la empresa, como es el caso de los accionantes, la nivelación de la remuneración se hizo por medio de un monto al cual denominaron “estímulo al ahorro”, el cual no era tenido en cuenta en la liquidación de las prestaciones sociales legales ni extralegales, pese a ser habitual y haberse pagado como consecuencia de la prestación del servicio (es decir cumpliendo todas las características del concepto de salario).
9. Como resultado de esta política salarial los trabajadores pensionables por la Empresa fueron objeto de discriminación ya que para los trabajadores que se pensionarían por el sistema de seguridad social, el monto salarial era un todo, no estaba dividido en estímulo al ahorro y en salario básico. El estímulo al ahorro según la normatividad internacional C95 de la OIT y la normatividad nacional se constituiría salario ya que se pagaba como contraprestación del servicio y de manera habitual.
10. Así pues, el salario que recibían los trabajadores pensionables por el sistema de seguridad social era considerada para realizar los aportes a pensión, mientras que a los trabajadores pensionables por la empresa el “estímulo al ahorro” que se les entregaba habitualmente y como

consecuencia de la prestación del servicio no era tenido en cuenta como factor prestacional, lo que trajo como consecuencia una disminución en el monto pensional de los accionantes.

11. A los trabajadores que se pensionarían por medio de Ecopetrol S.A. se les pagaba una parte del salario por medio de una suma que era “estímulo al ahorro”, el cual era consignado quincenalmente al Fondo de Pensiones Voluntario de cada trabajador, concomitantemente con el pago de su salario normal. La otra parte del salario iba para la cuenta de Cavipetrol o la cuenta bancaria que el trabajador tenía inscrita como cuenta de nómina.
12. La decisión de discriminar a unos y otros trabajadores se tomó, pese a que una firma consultora laboral de Ecopetrol S.A. manifestó el 14 de diciembre de 2007, que:

“... [No resultaría recomendable para ECOPETROL S.A. abstenerse de hacer incremento en los salarios de los trabajadores que se encuentran en las condiciones anotadas en la consulta, a cambio de concederles un beneficio económico que no tendría ninguna incidencia salarial, consistente en aportes voluntarios a las administradoras de fondos de pensiones (...)] Tampoco podrían pasarse por alto los principios constitucionales como legales como el de la igualdad de todos los trabajadores ante la ley y por ende, con mayor razón no podría válidamente predicarse esa desigualdad por el simple hecho, por ejemplo, de tenerse empleados cobijados por el antiguo régimen de cesantías frente a los que no lo están, con el argumento de un mayor costo laboral, por cuanto la imposición de un nuevo sistema de liquidación de las cesantías trajo para unos y otros una serie de compensaciones que no permiten sostener del todo que un régimen resultó ser más beneficioso que otro o viceversa. Pártase de la base que este nuevo pronunciamiento jurisprudencial tuvo como soporte de su decisión la inexistencia de diferencias entre los trabajadores sindicalizados frente a quienes no lo son y con mayor razón no habría porqué predicarla de quienes tienen diferente régimen de cesantías o se encuentran ya cobijados por el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de quienes son pensionados directamente por la empresa.

Por último, resulta muy difícil para ECOPETROL S.A. tener que enfrentar acciones de tutela y sostener, en caso de llegarlo a hacer

para no incurrir en doble pago, que los aportes voluntarios compensaban el posible incremento anual de salarios, para no tener que volverlos a hacer, pues ello podría llegar a conducir que ese desembolso sí tenía entonces esa connotación de salario y no simplemente un acto de mera liberalidad sin incidencia salarial. En otras palabras, ese beneficio no podría tener la doble condición de ser y no ser salario según las circunstancias...”

13. A los accionantes se les pidió firmar una cláusula adicional al contrato indicando que el monto del “estímulo al ahorro” no constituía salario o no tenía carácter salarial. Era bien sabido por los trabajadores que quienes no firmaban estos documentos no tendrían la posibilidad de seguir creciendo en la compañía. Por lo que, los accionantes accedieron pese a tener viciada su voluntad y haberse sentido discriminados sin una razón objetiva y razonable.
14. Ecopetrol S.A. plantea que el estímulo al ahorro no es salario, afectando directamente el monto de la pensión de los accionantes/as. Lo anterior pese a que ante los ojos de la industria petrolera y la legislación laboral nacional e internacional dichos pagos por su habitualidad (se pagaban quincenalmente) y por ser pagados como contraprestación del servicio son constitutivos de salario.
15. Así pues, la mesada pensional de los trabajadores/as a quienes se les aplicó el “estímulo al ahorro” se vio gravemente afectada, ya que una parte del salario que fue disfrazado de un monto de dinero interpretado por la Empresa como no constitutivo de salario no fue reconocido al momento de la pensión.
16. En todos los casos de esta petición el “estímulo al ahorro” representaba más del 60% del monto reconocido como salario por la empresa.
17. Durante todo el tiempo que Ecopetrol S.A. tuvo esta práctica el Ministerio del Trabajo o en su entonces el Ministerio de Protección Social no cumplió su función de inspección en materia salarial.
18. Dicha situación afectó de manera sustancial la calidad de vida de los pensionados/as de Ecopetrol S.A.,
19. La Sala de Casación de la Corte Suprema falló en contra de los accionantes el (3 de julio de 2019), reiterando lo planteado en segunda instancia, que el “estímulo al ahorro no era salario”. La Corte hace mención a la Sentencia de Casación, sentencia CSJ SL, 13 de junio de 2012, la cual da el significado de salario, indica que las partes pueden acordar que

determinada suma no tenga incidencia salarial pero que la “facultad no es absoluta” así como lo ha planteado la Corte Constitucional, pese a tomar como fuente de inspiración lo anterior la Corte indica que las partes lo aceptaron y no hubo vicio del consentimiento. **La Sentencia resulta confusa pues pese a inspirarse en sentencias anteriores protectoras del salario, falló todo lo contrario; incurriendo en regresividad respecto a la protección del salario y generando inseguridad jurídica sobre el concepto de irrenunciabilidad de los derechos laborales.**

20. Vale traer a colación que actualmente en contra de los accionantes cursa una Demanda en contra de ellos liderada por Ecopetrol quien está pidiendo la restitución de los dineros recibidos en el año 2010 fruto del cumplimiento de la sentencia de tutela.
21. Para tener una idea de la desproporción, a continuación, presento los montos de salario y estímulo al ahorro que se asignaron a cada uno de mis representados, en el siguiente comparativo porcentual:

Nombre de el trabajador	Salario reconocido formalmente	Estímulo al Ahorro pagado par a nivelar ingresos monetarios	Porcentaje que representa el estímulo al ahorro frente al salario formalmente recibido
CARLOS ALBERTO MEDINA	\$ 4'467.000	\$ 4'569.662	102.3%

Las reglas de la experiencia y de la sana crítica, indican que un empleador no le otorga a un trabajador, como “*regalo*” y por razones diferentes al deber de retribuirlo económicamente por el servicio prestado, sumas habituales por más del 50% de su salario. Eso no es lógico, no es acorde con el sentido común, **desconoce la primacía de la realidad.**

22. Mi asignación salarial desde el 1 de enero de 2011 era por la suma de \$8.670.662.00 (según registro 3137 oficina de talento humano de Ecopetrol oficio denominado; “*recibo de pago de salarios y/o prestaciones sociales legales y extralegales y/o beneficios.*” Continuando del mismo modo hasta el 31 de diciembre de 2011.

23. El 1 de enero de 2012 recibía por parte de la empresa ECOPETROL, una asignación mensual salarial por un valor de \$9.051.000.00 hasta el mes de 30 de junio del 2012 y el mes de JULIO UN DESMEJORAMIENTO EN LA ASIGNACION BASICA POR \$4.467.000, suma del cual fue tomada en cuenta para la liquidación de pensión por jubilación.
24. Según oficio No. 2-2012-093-23910 del 3 de septiembre de 2012, se evidencia que el valor de mi pensión definitiva según la liquidación que efectuó la empresa de ECOPETROL, se basa que en 2012 a: \$ 4.712.800.00; teniendo un promedio de último año por una suma de \$5.984.429 y mediante oficio No. 2-2012-093-1645 del 5 de julio de 2012, cuyo asunto es reconocimiento de pensión de jubilación, donde me informaba que la prestación de servicios a ECOPETROL hasta el día 31 de Julio de 2012, por haber trabajado de 24 años, Un mes y 5 días contando adicionalmente con el requisito de la edad. VIOLANDO MIS DERECHOS LABORALES, toda vez que mi asignación salarial no era esa, tal y como se demuestra dentro de los recibos de nomina del cual anexo y que se solicitara a su Señoría que se oficie lo correspondiente recibos de nómina de los años 2011 y 2012 con el fin de corroborar mi tesis.

6. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- **1. “DEBIDO PROCESO”**, y principios fundantes a la seguridad jurídica – igualdad y confianza legítima por desconocimiento del precedente jurisprudencial porque desconocieron la protección al concepto de salario y el presupuesto a que “los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores”;
- **2. “LA IGUALDAD”**, porque no dieron “la misma protección y trato a quienes deben gozar de los mismos derechos y oportunidades”;
- **3. “INDUBIO PRO OPERATIO Y “PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE FORMALIDADES ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES LABORALES”**
- **4.** Porque no tuvieron en cuenta el concepto de protección de salario incorporado en el **Convenio 95 de la OIT, “integrantes del bloque de constitucionalidad”**.
- **5. IRRENUNCIABILIDAD AL SALARIO**
- **6. DESMEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES**
- **7. MOVILIDAD SALARIAL**

- 8. TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL
- 9. MÍNIMO VITAL

A. DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIOS FUNDANTES A LA SEGURIDAD JURIDICA – IGUALDAD Y CONFIANZA LEGITIMA POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado o cualquier otra autoridad judicial idónea para sentar precedentes³, al resolver un determinado asunto, establece el alcance de una norma o resuelve un problema jurídico específico y el juez, en un caso semejante que se presenta con posterioridad, afronta la situación desconociendo que en dicho pronunciamiento se definió, en principio de manera vinculante, el alcance de la disposición aplicable o se fijó una regla para resolver esa clase de problemas jurídicos. En estos casos, entonces, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del derecho a la igualdad y resguardar la eficacia de otros principios básicos del orden constitucional.

Siguiendo de cerca la jurisprudencia constitucional y su construcción de la teoría de los precedentes⁴, se tiene que para identificarlos es preciso realizar un análisis técnico de la jurisprudencia, en virtud del cual resulta imperativo distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El *decisum* es la parte resolutive de la sentencia, aquello que se dictamina en el caso concreto y que dependiendo del tipo de pretensión invocada ante el juez administrativo tendrá fuerza erga omnes o efecto inter partes⁵. Por su parte, la *ratio decidendi* “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico”⁶ o, en su definición original, a la “formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial”⁷.

³ Sentencia T-534 de 2017 de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia T-292 de 2006

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1300 de 2001. Ver también entre otras, la sentencia SU-047 de 1999

⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-047 de 1999 y SU- 1300 de 2001.

Finalmente, *el obiter dictum* será “lo que se dice de paso”⁸ en la providencia, esto es, “aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión”.

Teniendo en cuenta que *el decisorium* de una sentencia puede tener efectos erga omnes o inter partes, según la naturaleza de la pretensión invocada ante el juez, se impone señalar que en aras de salvaguardar principios fundantes de nuestro ordenamiento constitucional como la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, y de amparar derechos y garantías fundamentales como el debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones la fuerza vinculante de los precedentes judiciales que han resuelto situaciones análogas anteriores⁹. Lo anterior, en el sentido antes descrito, conforme al cual “únicamente se forma precedente a partir de la *ratio decidendi* que resuelve un caso”¹⁰.

El precedente con relación a los casos de desalarización estaban encaminados a proteger el concepto de salario aunado a que los pactos entre las partes no podrían desmejorar mientras que en el caso en concreto la Sala de Casación se apartó del mismo sin dar ninguna justificación.

Los funcionarios judiciales están obligados a aplicar el precedente sentado por la Corte Constitucional y, en caso de apartarse de determinada línea jurisprudencial, soportarlo con la carga argumentativa adecuada y suficiente que justifique su actuar. De lo contrario, se configuraría un defecto por desconocimiento del precedente constitucional con lo cual no solo se vulneraría los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino que se desconocería el principio de supremacía constitucional.

A continuación, PRECEDENTE JUDICIAL con relación a la desalarización:

CSJ SL, 13 de junio de 2012, rad. 39475. Donde la Corte Suprema de Justicia había indicado que, la facultad de la Ley 50 de 1990 con relación a la desalarización, no se podría interpretar de tal forma que “implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen”, así pues un

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1300 de 2001. Ver también entre otras, la sentencia SU-047 de 1999

⁹ Una completa reconstrucción de esta línea jurisprudencial puede verse en la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-960 de 2001.

pago que remunera un servicio no le es dable quitarle la connotación de salario incluso plantea que el legislador ni siquiera podría hacerlo ya que no se podría *“contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario”*.

En el caso que nos ocupa era tan claro que dicho *“estímulo al ahorro”* se daba como contraprestación del servicio que la misma suma si fue concedida como salario a los pares de trabajo de los accionantes y que el monto de desalarización era totalmente desproporcionado con relación al monto salarial que reconocía la Empresa.

Resulta extraño que pese a que la Sentencia de la Corte se inspira en dicho precedente la decisión es totalmente adversa a los accionantes y no da razón ni argumentación de porque no se consideró salario el *“estímulo al ahorro”*, indicando que era válido que el empleador no tuviera en cuenta el *“estímulo al ahorro”* para la liquidación de prestaciones sociales solo argumentando que simplemente no retribuían el servicio PERO sin argumentar porque llegó a dicha conclusión solo planteando que eran sumas que recibían los accionantes como *“aportes voluntarios”*, mejor dicho regalos que le daba Ecopetrol a sus trabajadores, regalos que pese a cumplir con todas los elementos del salario planteó que eran eso, aportes voluntarios.

La Corte plantea, en la página 18:

De entrada, y al margen de lo que muestre el contenido de las pruebas denunciadas por la censura, se debe decir que la controversia puesta a consideración de la Sala, ya ha sido resuelta por esta Corporación en otras oportunidades, en donde se ha adoctrinado que, a la luz del artículo 128 del CST, las partes sí están autorizadas para acordar que las sumas recibidas a título de estímulo al ahorro no tengan incidencia salarial en la liquidación de prestaciones sociales legales y extralegales, toda vez que su pago no se efectúa como contraprestación directa del servicio, a pesar de su entrega periódica, sino que se aplica en razón de la política de compensación salarial que estableció Ecopetrol S.A., basada, entre otros aspectos, en la *«competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna»*, montos que son cancelados a través del fondo de pensiones que el trabajador elija, y, bajo esa órbita, en rigor, no pueden considerarse salario (CSJ SL1279-2018, rad.51998 y CSL SL1399-2019, rad. 69398).

La Sentencia es totalmente ambigua ya que reiteramos que, utiliza como fuente de inspiración una sentencia protectora del salario (precedente jurisprudencial – CSJ 13 JUNIO DE 2012, rad. 39475) pero en realidad se aparta del mismo sin dar explicación alguna, como se observa de la página 19 a la 21 de la Sentencia, la Corte copia y pega apartados de la sentencia en mención, pero al finalizar el Copy Paste, indica sin ningún tipo de disertación jurídica:

De suerte que, resultaba válido para el empleador demandado excluir dicho rubro de la base para liquidar las prestaciones sociales y la pensión de jubilación, mediante una cláusula de desalarización pactada con cada trabajador, máxime si las sumas canceladas a título de estímulo al ahorro no retribuyen directamente el servicio, como ocurre en este asunto.

B. IGUALDAD – TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL

Se tiene que la jurisprudencia constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela en los casos de discriminación salarial injustificada, reconoce que en esos asuntos está involucrada la afectación de los derechos fundamentales del trabajador, en especial la eficacia del mandato constitucional **del trabajo igual, salario igual**. No obstante, ese mismo precedente determina que la satisfacción de ese principio vincula, en primer lugar, a la jurisdicción ordinaria, laboral o contenciosa según el caso, pues ese es el escenario idóneo para la satisfacción de las pretensiones derivadas de la relación laboral legal, contractual o reglamentaria. Por lo tanto, la acción de tutela solo será procedente cuando en el caso concreto se demuestren determinados requisitos de índole fáctica, que resten toda idoneidad y eficacia al mecanismo judicial ordinario. Además, debe estarse ante un escenario donde la discriminación salarial sea evidente, sin mayor debate probatorio distinto a la comprobación de la inequidad entre sujetos que deberían recibir la misma remuneración, lo cual hace improcedente la tutela en aquellos eventos en que deba acreditarse un ejercicio probatorio amplio. De la misma manera, tampoco resultará procedente la tutela cuando la discusión verse sobre las escalas salariales de los servidores públicos, puesto que esos tópicos están contenidos en actos administrativos de carácter general, cuyo escrutinio judicial corresponde, de manera preferente, a la jurisdicción contenciosa.

El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación. Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral. Con todo, esa consagración constitucional no genera la procedencia general de la acción de tutela para lograr la satisfacción de esas posiciones jurídicas. En contrario, la admisibilidad del amparo es excepcional y depende que en el caso concreto se compruebe la ausencia de idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, los cuales conservan la competencia general para asumir problemas jurídicos de esta índole.

La Sala de Casación no reconoció la afectación al derecho a la igualdad salarial, cómo la Corte aceptó que, trabajadores con las mismas funciones y en la misma escala salarial recibieran unos, un salario más alto que otros y que a unos se les reconociera como factor prestacional y a otros no.

El artículo 25 C.P. prefigura al trabajo como un derecho fundamental y una obligación social, objeto de especial protección por parte del Estado. El trabajo, al tenor del mismo precepto, es un derecho subjetivo que logra eficacia cuando se

ejerce en condiciones dignas y justas. Estas condiciones refieren, a su vez, a la garantía de los contenidos mínimos de que trata el artículo 53 C.P., entre los cuales se encuentran (i) la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; y (ii) la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales. Es a partir de estos contenidos que se estructura la protección constitucional del principio de a trabajo igual, salario igual, tradicional en el derecho laboral colombiano.

El principio en comento se centra en la necesidad que la remuneración asignada responda a criterios objetivos y razonables, que a su vez sean variables dependientes de la cantidad y calidad de trabajo, al igual que a los requisitos de capacitación exigidos y otros factores que compartan esa naturaleza objetiva. En ese sentido, son inadmisibles de la perspectiva constitucional aquellos tratamientos discriminados que carezcan de sustento en las condiciones anotadas, bien porque se fundan en el capricho o la arbitrariedad del empleador, o bien porque son utilizados con el fin de evitar el ejercicio de libertades anejas a la relación laboral, como sucede con la libertad sindical.

Sobre la materia expuesta, la jurisprudencia de la Corte ha delimitado el concepto del principio de a trabajo igual, salario igual, al señalar que *“esta Corporación ha sostenido que del carácter fundamental del derecho al trabajo y de la especial protección ordenada al Estado por este precepto constitucional, se desprende la exigencia legal y judicial del respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral. Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra la obligación a cargo del patrono de proporcionar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo (Art. 53 C. P.), puesto que el salario es “la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral”.* || Desde esta perspectiva, si bien cierto que la determinación del salario es una decisión bilateral entre el empleador y el trabajador, no puede estar sujeta a consideraciones caprichosas que desconozcan la especial protección constitucional, pues como ha sostenido la Corte Constitucional “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados”. De ahí pues que la igualdad de trato en la relación laboral no sólo deriva de una regla elemental de justicia en los estados democráticos sino de la esencia de la garantía superior al trabajo, ya sea que éste se preste ante

entidades públicas o privadas. (...) Por lo tanto no toda desigualdad o diferencia de trato en materia salarial constituye una vulneración de la Constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio (y en esa medida en constitucionalmente prohibido) cuando no obedece a causas objetivas y razonables, mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente. En consecuencia no toda diferencia salarial entre trabajadores que desempeñan el mismo cargo vulnera el principio “*a trabajo igual salario igual*”, como quiera que es posible encontrar razones objetivas que autorizan el trato diferente.”

El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación. Como reiteramos los pares de trabajo de los accionantes recibían un salario mayor pese a cumplir las mismas funciones. Y esto obedeció a una división caprichosa que realizó la Empresa Ecopetrol.

Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran prima facie análogos; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales, que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos. Pese a lo anterior la Corte Suprema no hizo un estudio de test de razonabilidad para indicar la objetividad de las medidas tomadas por Ecopetrol en materia de discriminación salarial, simplemente plateo:

Entonces, al evidenciarse que los distintos grupos de trabajadores a los que alude la política de compensación, pertenecen a regímenes prestacionales distintos; para la Sala, el trato diferenciado otorgado por la sociedad se torna objetivamente justificado en razón de la antigüedad y del régimen de cesantía retroactivo, y, por ende, razonable a todas luces, ya que las situaciones que los rigen en ese aspecto no comportan elementos comunes que obliguen a concluir que merecían igual tratamiento. Por ello, lejos de traducirse en una práctica discriminatoria y violatoria de derechos fundamentales, resulta, de cierta manera, una forma de nivelar una disparidad creada por la misma ley, pues de darle connotación salarial al referido estímulo al ahorro para los trabajadores vinculados con antelación a la Ley 50 de 1990, pertenecientes al régimen tradicional de cesantía, cuya liquidación retroactiva de la cesantía implica un mayor beneficio, los trabajadores con régimen de liquidación anual de esta prestación quedarían en desventaja frente a los antiguos.

B..1. DERECHO DE IGUALDAD EN CAOS SIMILARES:

B.1.1. sentencia T-1029/12 Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Expediente T-351199009, Bogotá D..C., veintinueve (29) de noviembre de 2012.

La Honorable Corte Constitución atraes de la sentencia comentada, expone la interpretación sobre los pactos de desregularización salarial, tema que nos ocupa para el presente caso y del cual, conceden las pretensiones invocadas por el accionante, debido a los derechos que le fueron violados, tales como: derecho a la igualdad y al debido proceso. Es fundamental analizar toda vez que en esta sentencia, da correlación al pronunciamiento de la OIT expuesto dentro del presente escrito y del cual se inserta como base probatoria del mismo.

En ese orden de ideas, la Honorable Corte, en sus consideraciones expone que:

La interpretación de los pactos de desregularización salarial (Art. 128 C.S.T.).

“6. La jurisprudencia y la doctrina han realizado una hermenéutica sobre el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. En desarrollo de esa labor, han advertido que se presenta una discusión interpretativa sobre la última parte de la norma, los pactos de desregularización salarial. La controversia ha versado en determinar si esos acuerdos permiten: i) excluir que ciertos desembolsos tengan el carácter de salario, situación determinante al momento de la liquidación del contrato laboral. Ello implica identificar que pagos son salario y que consecuencia jurídica acarrea restar esa naturaleza a un desembolso que en la realidad cuenta con connotación salarial; o ii) establecer que las sumas que son salario carezcan de efectos prestacionales y no se computen en la liquidación del contrato de trabajo. **En atención a lo expuesto, la Corte precisará el concepto de salario y los elementos que lo componen. Particularmente esbozará los límites a los acuerdos de desregularización salarial y, advertirá las consecuencias que tiene traspasarlos, con fin de establecer la interpretación constitucional de los mismos. Lo anterior se hará con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, además en la doctrina laboral.** (lo subrayado y en negrilla es nuestro para demostrar que no se dio un estudio a fondo sobre la desregularización salarial que afecta en los derechos laborales trabados por la misma OIT)

El concepto de salario y los elementos que lo componen.

6.1. El salario constituye uno de los elementos inherentes al contrato de trabajo, pues es una obligación que surge de la labor que realiza el empleado en beneficio del patrono. El artículo 25 de la Constitución Nacional protege el salario, en razón de que el trabajo subordinado se debe desempeñar en condiciones dignas y justas. Además, el salario “ostenta la condición de principio mínimo fundamental en materia laboral, según las voces del artículo 53 de la Carta, que se refiere a la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”.
(...)

La Cortes Constitucional y Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) han propuesto otorgar al salario un significado con fundamento en el bloque de constitucionalidad. El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

“El término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse

en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar” (lo subrayado y en negrilla es nuestro)

La Sala Plena de esta Corte ha reiterado que **esa definición es vinculante, porque propone la integración normativa del ordenamiento jurídico nacional con los sistemas internacionales. Incluso tiene rango constitucional, aunque no se encuentre expresamente en la Carta política de 1991, ya que hace parte del bloque de constitucionalidad. Al igual que es el resultado de una concepción garantista del derecho al trabajo**, en la medida que dicho principio es una base del Estado Social de Derecho. (lo subrayado y en negrilla es nuestro)

Con sustento en lo anterior, esta Corporación ha interpretado la normatividad interna resaltando que “el legislador ha fijado el alcance de la noción de salario en el artículo 127 del C. S. T. modificado por **el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, señalando que 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, ‘cualquiera sea la forma o denominación que adopte’**. (...) Se trata, como ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, de lo que ingresa real y efectivamente al patrimonio del trabajador a título oneroso, como retribución periódica y habitual por la realización una actividad personal y subordinada”. (lo subrayado y en negrilla es nuestro)

6.1.3. De otro lado, la doctrina ha definido el salario como “la remuneración que se debe al trabajador por el servicio que presta. Dentro de un contrato conmutativo, es decir, que implica cargas para ambas partes, la patronal está gravada principalmente con la obligación de pagar el salario. Esto en su aspecto jurídico”. Este concepto comprende “lo que periódicamente recibe [el empleado], sea semanal, o por décadas (...) aquello que, aparte de tener un sentido estrictamente monetario, implique una retribución de trabajo y venga a significar un mejoramiento en sus condiciones de vida”.

Adicionalmente, el referido principio vincula al juez laboral y a las partes del contrato de trabajo. Esta Corte ha señalado 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, tal como lo establece el artículo 53 de la Constitución, 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”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el juez laboral evaluará si un pago es o no salario, estudiando la finalidad del mismo. Ello en aras de proteger al trabajador y de aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas. Al respecto afirmó que “con el fin de establecer si un pago es o no constitutivo de salario, más que a su fuente o causa debe estarse a su finalidad, pues es, a partir de ese análisis, que es posible establecer si se reúnen las características del pago salarial y, entre ellas, la fundamental que es la de constituir una retribución directa del servicio”. Esta posición ha sido reiterada por la doctrina al reseñar la jurisprudencia referenciada.

La Sala resalta que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez laboral no puede dejar de analizar en el caso concreto si un pago es o no salario por el solo hecho de que formalmente no se reconozca como tal. El juez deberá estudiar las particularidades del asunto y la finalidad de la prestación. Este proceso es ineludible, pues el funcionario jurisdiccional tiene la labor de proteger los derechos del trabajador dentro de los que se encuentra recibir una justa remuneración. Además, el juez ordinario tiene vedado quitar el carácter de salario a los pagos que gocen de esa naturaleza, en la medida que él no cuenta con sustento democrático al ocupar su cargo, ni posee la potestad de derogar o excluir normas generales del ordenamiento jurídico. Esta prohibición se refuerza en el juez, en razón de que la jurisprudencia constitucional estableció ese límite al legislador al expedir la ley.

Por estas razones, la Corte Constitucional ha manifestado que el salario es irrenunciable “y no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso pero sí puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley”, como lo dispone el artículo 142 C. S. T.. La doctrina ha prohiado esa premisa y, ha advertido que se fundamenta en la naturaleza de las normas de orden público que rigen las relaciones laborales. Además ha precisado que la irrenunciabilidad de la remuneración tiene el fin de evitar los abusos del empleador.

(...)

La Corte recuerda que los extremos de las relaciones laborales se encuentran vinculados a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales del trabajador, porque aquellos no son enteramente libres al momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del C.S.T. La sentencia C-521 de 1995 advirtió que los pactos de desregularización salarial son constitucionales, siempre que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador. El artículo 53 de la Carta Política establece que la irrenunciabilidad del salario es un mínimo que el trabajador no puede ceder. Por lo tanto, la interpretación reseñada es inconstitucional, comoquiera que afecta principios superiores y no sigue el condicionamiento fijado por la Sala Plena de la Corte Constitucional en sede de control abstracto.

(lo subrayado y en negrilla es nuestro)

De otro lado, la Sala de Casación Laboral paso por alto que las decisiones judiciales deben tener una argumentación que se encuentre de acuerdo con las con las normas vigentes. En efecto, la hermenéutica propuesta por el máximo tribunal es una justificación que carece de correspondencia con el artículo 128 C.S.T. Particularmente, tal comprensión no cumple con el requisito de coherencia que debe tener toda sentencia, dado que carece de sentido frente al ordenamiento jurídico, como se mostrará a continuación.

En primer lugar, el sentido de una decisión exige que ésta sea consistente y no vulnere regla o principio válido del ordenamiento jurídico, premisa que se desconoce al señalar que los pactos desalarización recaen sobre salario y eliminan los efectos prestacionales del mismo. Ello sucede, porque la referida hermenéutica desatiende los artículos 53 de la Constitución y el 142 del Código Sustantivo del Trabajo, que contienen la irrenunciabilidad del salario. En efecto, la Corte Suprema se equivoca en afirmar que su entendimiento de la norma no vulnera preceptos normativos del ordenamiento jurídico, comoquiera que permite que el trabajador renuncie a su salario y las prestaciones derivadas de éste. Además, la interpretación de ese juez de casación es contradictoria a la legislación laboral, puesto que la idea de que una suma sea factor salarial es que sea computable para las prestaciones sociales. Así, eliminar dicha posibilidad conlleva a disminuir los beneficios al empleado y dejar al salario sin una de sus consecuencias inherentes, es decir, restar el efecto útil de las normas. Por tanto, la regla jurisprudencial reseñada choca con referentes del ordenamiento jurídico, situación que afecta la consistencia de la argumentación de la Sala de Casación Laboral y del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el sentido de un fallo judicial obliga a que la interpretación sea coherente y se sustente en los principios básicos del sistema de derecho, fundamento que se encuentra ausente en la hermenéutica que considera que los pactos de desregulación salarial recaen sobre pagos que son salario, pero que se excluyen para efectos de la liquidación del contrato de trabajo. Lo antepuesto en razón a que la Sala de Casación Laboral no presenta argumento alguno que fundamente los efectos denunciados de los pactos de desalarización. Incluso, la autonomía de las partes del contrato de trabajo no puede servir de sustento para restar los efectos salariales de un pago que posee tal naturaleza, debido a que sería un abuso de ese principio que se materializaría en afectar los derechos irrenunciables del trabajador. Se subraya que no existe derecho o principio absoluto, de modo que éstos deben acompañarse y ponderarse con los demás. Entonces, restringir la autonomía con relación a otras normas constitucionales es una legítima limitación de aquel mandato de optimización, al grado que la interpretación propuesta por la Corte Suprema de Justicia no se encuentra dentro de la órbita de aplicación de un principio constitucional.

Por consiguiente, el artículo 128 consigna los pagos que no son salario. Admitir lo contrario y avalar la comprensión de la norma expresada por la Sala de Casación Laboral, sería tanto como patrocinar estipulaciones contractuales que riñan con el ordenamiento jurídico sin ninguna consecuencia.

7.2. En síntesis, la Sala precisa que la interpretación del artículo 128 contiene las siguientes premisas:

1) Es una norma que establece por vía de ejemplo los pagos que no son constitutivos de salario, que corresponden 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”.

2) Las partes tienen la autonomía para estipular pagos extralegales que se cancelan de forma ocasional o habitual y señalar que esos no revisten la naturaleza de salarios. Estos acuerdos serán válidos además de eficaces siempre y cuando ese rubro no tenga connotación salarial.

3) El juez laboral debe evaluar si el pacto que excluye el carácter salarial de un pago es una remuneración al trabajador por el servicio prestado o si cuenta con los elementos establecidos en el artículo 127 de Código Sustantivo del Trabajo, estudiando las circunstancias de cada caso concreto, las pruebas que obran en el expediente y atendiendo a la finalidad del ingreso.

4) La simple consagración del pacto de desregularización salarial no le quita la naturaleza de salario a un pago que tiene ese carácter.

5) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el ordenamiento jurídico estableció la sanción de ineficacia a los desembolsos que siendo salarios pretenden esconder dicha característica a través de un convenio entre las partes del contrato de trabajo o una decisión unilateral. (lo subrayado y en negrilla es nuestro)

B.1.2. SENTENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CASACION LABORAL RAD. 39475

En esta demanda quien el actor, señor Germán Salgado Morales contra Radio Santa Fe que llegó a la sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Radicación No 39475 Bogotá 13 de Junio de 2012, en donde las partes habían pactado un salario de \$625.000 y auxilios de alimentación y transporte por \$2.187. 500, así mismo, en su resuelve la Corporación accede a las pretensiones de la demanda y reconoce como salario el pago de los auxilios de alimentación y transporte. Teniendo con ello lo mencionado en el literal B.1.1. del presente escrito con argumentos iguales del cual accedo al DERECHO DE IGUALDAD entre otros derechos que se expuso en el contenido de la presente acción de tutela

B.1.3. SENTENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN CASACION LABORAL RAD 35771. MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO

GNECO MENDOZA.

En esta sentencia obedeció que el actor se encontraba en agravio con los derechos laborales que había adquirido, y es donde la sentencia 35771 de 01-02-2011 de la sala de Casación Laboral con ponencia del Magistrado Gustavo Gneco Mendoza, casándose a favor del trabajador en el proceso ordinario laboral promovido por el señor Jorge Humberto Agudelo López en contra de la Corporación Deportiva Once Caldas, donde se puede observar la similitud al presente caso en donde al salario real se dieron dos denominaciones diferentes “una salario propiamente dicha, y otra, gastos de representación, y la liquidación de las prestaciones la hizo sólo con base en la primera”.

B.1.4. SENTENCIA DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO PONENTE: TARCISIO CACERES. 18 DE MARZO DE 2004

En ésta sentencia judicial se puede observar la reparación de derechos que habían sido afectados, que es muy similar al presente caso objeto de esta acción de tutela, donde se observa que El Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres en Bogotá el 18 de Marzo de 2004 adjudicación No; demandante Vera L'Hoeste de Ojasild contra Caja de previsión Social de la Superintendencia Bancaria, el cual, la actora, la señora Vera L'Hoeste solicita el reajuste de su pensión de jubilación a partir del 2 de -agosto de 1993, incluyendo como factor de salario la prestación denominada Fomento al Ahorro que constituye el 42% de la asignación básica mensual sobre las primas estatutarias que fueron tomadas como factor de salario para la liquidación de la pensión, con base en la asignación mensual devengada sin el Fomento al Ahorro. Finalmente requiere que se ordene el pago del ajuste del valor conforme al Art. 178 del C.C.A. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012).

En suma de lo antes expuesto, el Consejo de estado dentro de su providencia judicial menciona que:

“En sentencia C-521/95 de la H. Corte Constitucional se preciso:

La regla general es que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero, en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para sus efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional ó

contractualmente y otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter salarial, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales (...)"

En Sentencia |de 12 de febrero de 1993 de la H. Corte Suprema de Justicia se expresó:

" ... En efecto, 'ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas; y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario (...)

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe haber, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen a favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta, razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial y sin que pierdan por ello tal carácter (...)'

Y, entre otras, se encuentra la sentencia de julio 31 de 1997 de la Sección 2ª del H. Consejo de Estado, en el exp. 13.508, con ponencia de la Doctora Clara Forero de Castro, que resuelve una situación similar en la Superintendencia de Sociedades en relación con el factor "Reserva especial de ahorro", de cierta similitud con el "Fomento de ahorro", donde se concluyó de esta manera:

" Estima la Sala que el hecho de que ese porcentaje de la asignación fuera pagado por Corporanónimas, entidad evidentemente diferente de la Superintendencia de Sociedades Anónimas no es inconveniente legal para su inclusión en la liquidación de la indemnización, puesto que las mismas normas que establecieron que el salario de los empleados de la Superintendencia estuviera a cargo de dos entidades diferentes, permiten también esa liquidación. No tendría explicación que fuera legal el pago mensual del salario en tal forma, e ilegal el tomar la asignación mensual básica completa para efectos de la Indemnización por retiro."

De la solución de esta controversia

No obstante el particular criterio del ponente de esta providencia que ha sido opuesto a dicho reconocimiento, después de varios pronunciamientos en ese sentido, acoge a la decisión mayoritaria de la Sala de la Sección Segunda de esta Corporación que ha considerado que el factor denominado "Fomento al ahorro" pagado mensualmente por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria a los empleados de la Superintendencia Bancaria es computable en la liquidación de la pensión de jubilación. Pero, por lo pronto, aclarará su voto. En tal razón, se confirmará la sentencia impugnada, haciendo claridad sobre la fecha de su reconocimiento y pago, conforme a la fecha de la petición, pero teniendo en cuenta cuando se adquirió realmente el derecho. En

sentencia C-521/95 de la H. Corte Constitucional se preciso:

La regla general es que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero, en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para sus efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional ó contractualmente y otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter salarial, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales (...)"

En Sentencia |de 12 de febrero de 1993 de la H. Corte Suprema de Justicia se expresó:

" ... En efecto, 'ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas; y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario (...)

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe haber, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen a favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta, razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial y sin que pierdan por ello tal carácter (...)'

Y, entre otras, se encuentra la sentencia de julio 31 de 1997 de la Sección 2ª del H. Consejo de Estado, en el exp. 13.508, con ponencia de la Doctora Clara Forero de Castro, que resuelve una situación similar en la Superintendencia de Sociedades en relación con el factor "Reserva especial de ahorro", de cierta similitud con el "Fomento de ahorro", donde se concluyó de esta manera:

" Estima la Sala que el hecho de que ese porcentaje de la asignación fuera pagado por Corporanónimas, entidad evidentemente diferente de la Superintendencia de Sociedades Anónimas no es inconveniente legal para su inclusión en la liquidación de la indemnización, puesto que las mismas normas que establecieron que el salario de los empleados de la Superintendencia estuviera a cargo de dos entidades diferentes, permiten también esa liquidación. No tendría explicación que fuera legal el pago mensual del salario en tal forma, e ilegal el tomar la asignación mensual básica completa

para efectos de la Indemnización por retiro."

De la solución de esta controversia

No obstante el particular criterio del ponente de esta providencia que ha sido opuesto a dicho reconocimiento, después de varios pronunciamientos en ese sentido, acoge a la decisión mayoritaria de la Sala de la Sección Segunda de esta Corporación que ha considerado que el factor denominado "Fomento al ahorro" pagado mensualmente por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria a los empleados de la Superintendencia Bancaria es computable en la liquidación de la pensión de jubilación. Pero, por lo pronto, aclarará su voto. En tal razón, se confirmará la sentencia impugnada, haciendo claridad sobre la fecha de su reconocimiento y pago, conforme a la fecha de la petición, pero teniendo en cuenta cuando se adquirió realmente el derecho.

De lo anterior, se vislumbra la afectación de los derechos que fueron adquiridos y de los cuales, con su posterioridad se dejan de percibir, en ese orden de ideas, la Honorable Corte establece el concepto de salario y su periodicidad con el fin de los derechos y la acusación de este, otorgándole y modificando su status pensional a la actora.

B.1.5. HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, ALEXEI JULIO ESTRADA Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA EN EL AÑO 2003 INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, ALEXEI JULIO ESTRADA Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA EN EL AÑO 2003

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Alexei Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva en el año 2003 fallaron a favor del demandante, el señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra quien ingresó a laborar a la empresa EMERMÉDICA S.A., por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de médico general, labor por la cual se pactó un salario de \$ 336.697. En esa misma anualidad, el actor suscribió con su empleadora un otrosí al contrato laboral en el cual se estipuló un pago mensual por concepto de gastos de movilización de \$ 1.260.438. Conforme a lo fijado en el negocio jurídico, las sumas de dinero derivadas del otrosí no constituían factor salarial.

A partir de las reflexiones jurídicas expuestas, precisó que "la facultad establecida por el legislador para que las partes acuerden cuales (sic) sumas no constituyen salario no puede ser absoluta de tal manera que bajo su imperio se legitime el desconocimiento del valor real del salario (...) Es decir la facultad que otorga la ley a las partes no puede usarse para desconocer la propia ley".

Para desestimar los argumentos de la demandada, señaló que esta sala de la corte ha enseñado "*que la facultad establecida en la ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el ACQUO, no puede interpretarse de tal forma que implique*

el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen”.

C. PRINCIPIO REALIDAD E INDUBIO PRO OPERARIO

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, por otro lado, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-521 de 1995, ha indicado que el concepto de salario debe basarse en los principios de “igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad.” (Subrayado fuera de texto original). Allí adiciona que se le impide al legislador *“desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter”*.

En el ordenamiento jurídico colombiano, existe el principio de *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, previsto en el inciso II del artículo 53 C.P., esto es *“en consonancia de la prevalencia de lo sustancial con lo formal”* y en unión con el inciso V de la misma disposición constitucional atinente a que *“La Ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*, y del artículo 25 C.P., el cual establece que *“Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

Ha de tenerse en cuenta que las cantidades que se reclaman a título de pago salarial, deben ser causadas por la prestación de un servicio personal que reúne todos los requisitos de una relación laboral subordinada, independientemente de la denominación jurídica que se le dé. Ni el juez, ni las partes, pueden escudar la inobservancia y falta de garantía de los preceptos constitucionales invocando una denominación legal determinada, para eludir el pago o el reconocimiento de salarios debidos. Es así como la denominación de Estímulo al Ahorro no puede escudar su denominación en la no consideración de salario.

La Corte Constitucional ha afirmado con insistencia:

"Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades" (Ver, Corte Constitucional Sentencia C-665 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. En el mismo sentido, existen otros pronunciamientos: Sentencia T- 052 de 1998, T-243 de 1998, C-401 de 1998).

El artículo 53 de la Constitución Política establece los principios protectores mínimos del derecho al trabajo, los cuales están dirigidos a proteger a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social. Dentro de ellos, se garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho. En concordancia, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo establece que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.

El principio in dubio pro operario o también denominado favorabilidad en sentido amplio. A su vez, ha sostenido que, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.), se desprende iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social éste se debió aplicar ya existía duda sobre la disposición jurídica aplicable, o sea si aplica la desalarización o si aplica el concepto de salario, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, "los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social", respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, "los

cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, por otro lado, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador.

En consecuencia, el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, en tanto el principio in dubio pro operario lo hace respecto del ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“Para la Corte Constitucional la ‘duda’ que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario ”debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez, de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva”. Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos.

Hubo una aplicación errónea de los artículos 127 y 128 del CST en tanto la Corte supuso que la norma autoriza como no salarial aquello que en su concepto lo es, es decir que porque se paga de manera habitual y como contraprestación del servicio. Durante años la Corte había sostenido que

cuando se cumplieran dichos requisitos se aplicaría el concepto de salario ya que la realidad va más allá de la formalidad o nombre que se le quiera dar a lo que es salario.

Los principios de favorabilidad e in dubio pro operario encuentran correspondencia con los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La primera, establece que “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Al tenor de la segunda disposición, las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos no pueden ser interpretadas en el sentido de: “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

En conclusión, ante la existencia de varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica o en los casos en que existe un mismo texto legal que admite diversas interpretaciones, le corresponde al operador jurídico acoger o aplicar aquella que resulte más favorable al trabajador.

En el caso que nos aplica, la Corte Suprema tomó la decisión de manera deliberada de aceptar sin ponderar el concepto de salario del Código

Sustantivo del Trabajo junto con la supuesta facultad de desalarización que tiene el Empleador; dejando esta potestad de manera indiscriminada en manos del empleador, poniendo en total desventaja al trabajador y olvidando que hay una relación no equilibrada entre las partes.

En la página 22 de la sentencia la Corte hace mención a lo planteado por la CSJ en el año 2019 donde con relación al salario llega a la conclusión:

Acorde con lo anterior, y partiendo de lo definido jurídicamente, sobre la potestad de las partes para restarle el carácter salarial a ciertos beneficios, como lo es el caso del estímulo al ahorro, la Sala observa que las pruebas denunciadas corroboran el hecho de que la empresa accionada, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 128 del CST, les comunicó a los demandantes lo relacionado con la desalarización de tal concepto y, además, que éstos los suscribieron en señal de aceptación (f.º 180 a 183, 195 a 196, 210 a 211, 224 a 225, 234 a 235, 243 a 244, 253 a 254, 322 a 323 y 420 a 421), lo cual, al surtir efectos y ser un pacto válido, no contradice la política de compensación (f.º 58 a 65), sin que los demás documentos denunciados logren variar lo ya explicado, en cuanto a que no se trata de una retribución directa del servicio, pues la suma de dinero no era entregada al trabajador para remunerarlo, sino que la misma era consignada en un fondo de pensiones al que aquél pertenecía, para mejorar así su ingreso en función de un evento futuro relacionado con su situación pensional y, por eso mismo, era válido excluir dicha prerrogativa de la base salarial para liquidar las prestaciones sociales, tal y como lo entendió el Tribunal.

Y más adelante la Corte plantea:

De otro lado, los documentos de Política de Compensación ECP-VTH-D-001 de octubre de 2008 y febrero de 2009 (f.º 58 a 66) no dan cuenta de que el beneficio denominado estímulo al ahorro correspondiera a una remuneración directa del servicio de los demandantes, porque su finalidad era la de desarrollar la política en materia de compensación fija señalada por la junta directiva de la convocada a juicio, estableciendo los conceptos para su administración, con criterios de competitividad y equidad interna, para lo cual era razonable efectuar una valoración de cargos, dado que, al haberse identificado varios grupos poblacionales de trabajadores con diversas condiciones laborales y pensionales, era necesario evaluarlos para determinar con criterios racionales y equitativos la correspondiente estructura de compensación a implementar.

Como se observa la Corte reitera que el “*estímulo al ahorro*” no era salario porque la Empresa con este no tenía la intención de remunerarlo, es decir la Corte llega a conclusiones con base en las intenciones de la Empresa demanda sin observar que dichas sumas para trabajadores que ejercían el mismo cargo si era considerado salario lo que constituye un indicio suficientemente fuerte como para haber analizado a mayor profundidad la “*intención de la empresa*”.

D. PROTECCIÓN DE SALARIO - CONVENIO 95 DE LA OIT

El Derecho Internacional del Trabajo y de los Derechos Humanos, impone al Estado la obligación de actuar de determinada manera para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, en el caso colombiano el Convenio 95 de la OIT, fue adoptado en 1949, ratificado por Colombia y considerado por la Corte Constitucional como integrante del Bloque de Constitucionalidad por contener derechos fundamentales que no pueden ser limitados en estados de excepción.

Para el ordenamiento jurídico colombiano, las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna y también en los instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad *iusfundamental* vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*. (Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-401/05).

Colombia cuenta con un sistema jurídico monista, el cual le otorga un especial papel al derecho internacional en el derecho interno, concediéndole el valor de una ley ordinaria a los tratados internacionales e incluso el de rango constitucional a aquellos tratados que contienen derechos fundamentales, como es el caso del CO95 de la OIT.

La Constitución Política de Colombia, señala:

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos

exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

El Código Sustantivo del Trabajo, señala en su artículo 19:

Artículo 19. Normas de aplicación supletoria. Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

La sentencia T-568-99 catalogó los derechos sociales como derechos humanos por lo que en virtud del artículo 93 de la Carta se considera que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de derechos sociales hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así, tratados internacionales ratificados por Colombia como los convenios de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, entre otros, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

El concepto de salario es un tema del que la Corte Constitucional se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la *ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados*, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "*fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*". (Ver, Corte Constitucional. Sentencia SU995/99).

La Corte Constitucional, ha indicado que, las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad *iusfundamental* vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado

que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias" (Ver, Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997).

A su vez, la misma Corte, plantea que la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, artículo 1°. (Ver, Corte Constitucional. Sentencia SU995/99).

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción *garantista* de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico.

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las

condiciones requeridas para racionalizar la economía, con el fin de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores" (Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1995).

Por su parte, la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

Es necesario precisar que la Corte Constitucional ha indicado que la falta de presupuesto del empleador para pagar las prestaciones sociales con base en la realidad salarial, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales, tales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares.

Vale recalcar que, la misma Corte, plantea que la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, artículo 1°. (Ver, Corte Constitucional. Sentencia SU995/99).

Pero, en términos prácticos, ¿qué quiere decir que ese monto de dinero destinado como “estímulo al ahorro” 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.

Debido a que Ecopetrol S.A. no consideraba salario los pagos de estímulo al ahorro, pese a:

1. Ser pagados como contraprestación del servicio
2. Para enriquecer el patrimonio del trabajador

3. Representar en muchos de los casos más del 40% del salario y
4. A ser pagados cada quince días (pago periódico)

Jubiló a sus trabajadores con una mesada pensional muy por debajo del salario efectivamente devengado por el trabajador la empresa.

Es así como Ecopetrol S.A. eludió sus responsabilidades en materia de seguridad social para con sus trabajadores y afectó patrimonialmente el sistema, atentando contra su estabilidad ya que además del no pago de prestaciones sociales con base en la realidad salarial se afectaron también los aportes a parafiscales.

La sentencia de Tutela, T-865/99 reitera entre muchos temas que la base para liquidar la pensión no es el aporte que los empleadores remitan sino el salario realmente devengado.

Así pues, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones.

Pero, ¿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 móvil, 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”.

En el caso concreto de Ecopetrol S.A. los trabajadores que no aceptaban la firma del pacto de exclusión salarial eran llevados a la “nevera” es decir de antemano sabían que no podían ser susceptibles de ascenso e iban a ser relegados de sus puestos de trabajo.

Así pues, según la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, 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.

Ahora bien, en vista de los abusos y la afectación que se le estaba haciendo al Sistema de Seguridad Social en el 2010 se expidió la Ley 1395 en su artículo 30 se indicó que, el pacto de exclusión salarial no podría ser mayor del 40% del salario.

Pese a esta regulación lo que se buscaba con ella NO es desnaturalizar lo que es el salario sino poner un límite frente a lo que no lo es, por ejemplo las sumas de dinero que recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación. Es decir, con la regulación no se busca desnaturalizar sumas legalmente salariales ya que no es el empleador o las partes las que definen qué es y qué no es salario: la definición de salario está dada en el Convenio 95 de la OIT y en la Ley, es claro que si lo interpretamos el salario es lo que recibe el trabajador como contraprestación de su labor. Sin embargo, Ecopetrol S.A. pretende no considerar salario lo que realmente lo es, es decir, lo que se pagó como contraprestación del servicio.

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), 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.

Los pagos de Estímulo al Ahorro, se hacían como contraprestación directa del servicio, debido a la fuga de cerebros que estaba teniendo Ecopetrol S.A. Es tan claro que estos pagos se hacían como contraprestación del servicio que en el caso de los trabajadores que tenían el mismo cargo y no se pensionaban con el Fondo Pensional de Ecopetrol, el monto salarial era un todo, no estaba dividido en estímulo al ahorro y en salario básico.

Ahora bien, los trabajadores no podían disponer de manera libre del Estímulo al Ahorro, en atención a que la suma era consignada al Fondo de Pensiones voluntarios, no se le consignaba en la cuenta del trabajador, yendo lo anterior en contravía del Convenio 95 artículo 6. Se consideraba como pensión y sólo se retiraba con las causales de retiro de cesantías como es una hipoteca.

Los trabajadores pensionados de Ecopetrol S.A. continúan con la esperanza de que las cifras que hubieran constituido sus aportes pensionales, están salvaguardadas por cuanto los derechos pensionales son imprescriptibles y su reajuste se debe dar con base en la noción clara de salario, contemplada en el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT y por la jurisprudencia desarrollada por las Altas Cortes al respecto.

La misma Corte, por medio de C-892 de 2009, indica que el concepto “*salario y prestaciones en dinero engloba todos los ingresos laborales que percibe el trabajador como retribución por el servicio personal que presta al empleador, o como asunción económica de las contingencias propias del ejercicio de la actividad laboral*”.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión está estrechamente vinculado con el derecho a la pensión en sí misma, por lo tanto, también es imprescriptible. Además, se ha determinado que resulta desproporcionado que los afectados con una incorrecta liquidación no puedan reclamar su derecho en cualquier tiempo. (SU298/15).

La Corte Suprema de Justicia había sostenido Mediante Sentencia de 25 de enero de 2011, Magistrado Ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, que:

“No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario. Así lo asentó esta Sala en la sentencia con radicación 30547 de 2009, que a su vez reitera lo dicho en la sentencia 27235 del 10 de julio de 2006:

De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, se entiende por 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.

Lo anterior indica que un elemento caracterizador del salario es que corresponda a un pago como contraprestación directa del servicio del trabajador, cuya forma o denominación puede adoptarse de diferentes formas, es decir, un salario fijo, o uno variable, o uno compuesto por una suma fija y otra variable, en dinero o en especie, así que cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, [...]. En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz”

La Constitución Política en su artículo 53 establece, como principio mínimo fundamental, la existencia de una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad de trabajo. En este sentido, el artículo 53 va más allá de lo dispuesto en el artículo 1º del Convenio 95 de la OIT¹¹, que se refiere al concepto básico de salario. Constitucionalmente, además, el salario es en Colombia una consecuencia directa del derecho al trabajo en el sentido del artículo 25 C.P. – previsto como fundamental¹²

Siendo el salario irrenunciable, cuya cesión total o parcial a título gratuito u oneroso está prohibida por el mandato del artículo 142 C.S.T.8, y así lo expresa la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 30520, “*en cuanto a la periodicidad y habitualidad de su pago como elemento determinante del carácter*

¹¹ Ver, Sentencia C-892/09

¹² Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-072/03 del 4 de febrero de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. No. 4.2.1. En línea: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2003/c-072_2003.html (19.12.2012)

*salarial debe anotarse que tales características son importantes pero no concluyentes para tal calificación porque el aspecto esencial es que sea retributivo de servicios...”*¹³

Si bien el C.S.T. no establece “*expressis verbis*” una definición de salario, el artículo 127 establece de forma general sus elementos integrantes y el artículo 128 aquellos pagos que no constituyen salario¹⁴.

La Corte Constitucional en Sentencia C-521/9511 sobre los elementos o factores que componen la noción de salario estableció:

“Teniendo en cuenta las reformas hechas por la Ley 50 de 1990 a los artículos 127, 128, 129, 130 y 132 del C.S.T., la regla general es que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales”.

¹³ Cf. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.30520, Acta No. 85, del 30 de octubre de 2007, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón

¹⁴ Cf. Ministerio de la Protección Social, Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo, Concepto N° 160894 del 11 de junio de 2008

Concordantemente, son prohibiciones para los empleadores, entre otras, las previstas en los numerales 1, 2, 3 y 9 del artículo 59 C.S.T., v. gr¹⁵

“1. Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de estos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes: a) Respeto (sic) de salarios, pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400. b) Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento (50%) de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la Ley las autorice. 2. Obliga en cualquier forma a los trabajadores a comprar mercancías o víveres en almacenes o proveedurías que establezca el empleador. 3. Exigir o aceptar dinero del trabajador como gratificación para que se le admita en el trabajo o por otro motivo cualquiera que se refiera a las condiciones de este. (...) 9. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad”

El salario es por lo tanto una garantía protegida por la Constitución Política especialmente en sus artículos 25, 53, y el C.S.T. artículos 127 y ss.

El artículo 127 del CST define el salario como todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio prestado, coincidiendo con la definición del Convenio 95 de la OIT, y agrega la Ley que no importar cuál es la denominación que se dé a ese pago.

En la definición del Convenio y de la legislación interna, se agrega un elemento calificativo: contraprestación directa del servicio, los pagos de Estímulo al Ahorro, se hacían como contraprestación directa del servicio, los cuales se empezaron a pagar debido a la fuga de cerebros que estaba teniendo Ecopetrol S.A. Es tan claro que el Estímulo al Ahorro se pagaba como contraprestación del servicio, que en el caso de los trabajadores que tenían el mismo cargo y no se pensionaban con el Fondo

¹⁵ Cf. Ministerio de la Protección Social, Nelly Patricia Ramos Hernández, Jefe Oficina Jurídica y Apoyo Legislativo, Concepto 339724 del 19 de noviembre de 2008. Ministerio de la Protección Social, Ligia Rodríguez, Coordinadora Grupo de Consulta, Concepto 8786 13 de enero de 2009

Pensional de Ecopetrol, el monto salarial era un todo, y no estaba dividido en estímulo al ahorro y en salario básico.

El estímulo al ahorro no era para facilitar la prestación del servicio, como en el caso de los gastos de representación, o las prestaciones sociales que protegen al trabajador de los riesgos que asume durante la vigencia de la relación laboral ni tampoco eran ocasionales ya que se pagan cada quince días. Por lo tanto, no eran susceptibles de exclusión salarial, ya que el límite de la autonomía para aplicar la exclusión salarial solo es dable cuando el pago obedece a una contraprestación directa de la labor que cumple el trabajador; un acuerdo en contrario desconoce toda la estructura conceptual del salario y, por tanto, ese pacto queda sin efecto.

Así pues, los pagos del estímulo al ahorro según la definición dada por el Convenio 95 de la OIT y la Ley, constituyen salario ya que el valor fue estimado por Ecopetrol según la actividad y objeto del contrato, para ser pagado con la misma frecuencia del periodo de pago de salario propiamente dicho, convirtiéndose así el Estímulo al ahorro en una bonificación habitual y por lo tanto constitutiva de salario.

La Corte en su Sentencia plantea:

Así, pues, por tratarse de una política de compensación en los ingresos, que perseguía obtener equidad entre los trabajadores, mantener el talento humano y lograr la competitividad de la empresa respecto de otras del mismo sector productivo, era entendible que se realizara de acuerdo a los diversos grupos poblacionales, niveles y cargos, sin que el tener en cuenta factores, por sí solo, implicara que el beneficio retribuyera directamente el servicio, ya que, en verdad, tenía como finalidad mejorar sus ingresos en función de un evento futuro relacionado con su situación pensional.

Lo expuesto en el éste acápite, a pesar de ser fundamental con relación a la protección del salario no fue tenido en cuenta ni valorado por la Sala de Casación en su sentencia, la Corte utiliza el concepto de equidad sin observar que se generar

condiciones de desigualdad entre trabajadores que desempeñaban el mismo cargo a lo anterior se suma que abrió las puertas a que las partes sean las que definen que es y que no es salario olvidando que en laboral no es una relación civil donde las partes están en igualdad de condiciones sino que hay una parte mucho más fuerte que la otra que seguramente termina indicando que no es salario lo que por su naturaleza lo es, y esto para tomar ventaja con relación al pago de prestaciones sociales y de paso afectar al financiamiento del sistema de seguridad social.

E. DESMEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES

se puede observar que dentro del procedimiento que realizó la empresa ECOPETROL para mi reconocimiento de pensión por vejez, es importante analizar que se dan unos supuestos de AHORRO INDIVIDUAL, y con esa excusa se da un desmejoramiento de la asignación mensual que tenemos nosotros los trabajadores, para el caso presente se puede evidenciar que el día 1 de enero de 2011 mi asignación salarial era la suma de \$8.670.662, (según registro 3137 oficina de talento humano de Ecopetrol oficio denominado; *“recibo de pago de salarios y/o prestaciones sociales legales y extralegales y/o beneficios.”* Continuando del mismo modo hasta el 31 de diciembre de 2011 y para el 1 de enero de 2012 una asignación salarial por un valor de \$9.051.000.00 hasta el mes de 30 de junio del 2012 y el mes de JULIO UN DESMEJORAMIENTO EN LA ASIGNACION BASICA POR \$4.467.000, suma del cual fue tomada en cuenta para la liquidación de pensión por jubilación.

Sí observamos según oficio No. 2-2012-093-23910 del 3 de septiembre de 2012, se evidencia el valor pensión definitiva en 2012 a: \$ 4.712.800.00; teniendo un promedio de último año por una suma de \$5.984.429 y mediante oficio No. 2-2012-093-1645 del 5 de julio de 2012, cuyo asunto es reconocimiento de pensión de jubilación, donde me informaba que la prestación de servicios a ECOPETROL hasta el día 31 de Julio de 2012, por haber trabajado de 24 años, Un mes y 5 días contando adicionalmente con el requisito de la edad.

En ese orden de ideas, se puede palpar un desmejoramiento salarial señalado dentro de los mismos recibos de pago de salarios y/o prestaciones sociales legales y extralegales y/o beneficios expedidos por la misma empresa ECOPETROL, y del cual inserto dentro del cuerpo de esta. Sin tener en cuenta el ahorro individual, del cual se encuentra inverso en las anotaciones que se mencionaran dentro del acápite y acervo probatorio correspondiente.

Ahora bien, si se observa que una desmejora laboral, es cuando se encuentra una alteración negativa en las condiciones laborales de los trabajadores, la cual puede

verse reflejada en cambios de jornada, disminución del salario, cambio del lugar de trabajo o restricción de beneficios. Estando dentro de estas, lo sucedido conmigo, donde mi asignación salarial expedida por ellos, y recibidas también, era muy superior a lo basado dentro de los recibos de nómina expedido por la empresa de ECOPETROL, según estos argumentos, la empresa manifiesta que corresponde a un ahorro individual, el cual, su Señoría, corresponde también a una alternativa violatoria a los derechos laborales a los trabajadores como nosotros.

En suma de lo antes descrito, y bajo los preceptos jurisprudenciales según sentencia SL1183-2018 RAD 45351 ACTA 13 de fecha 18 de abril de 20188, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Donde expone que:

“

7. PROCEDENCIA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

“Así de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para que proceda una acción de tutela contra providencias judiciales, además de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, se deben satisfacer los presupuestos generales de procedibilidad, a saber:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. El caso en cuestión permitirá aplicar de manera directa una norma que hace parte del Bloque de Constitucionalidad en materia de protección de salarios, dejando por sentado que quien define que es o no es salario no son las partes sino la naturaleza del mismo.
- b. Que se hayan agotado todos los medios —ordinarios y extraordinarios— de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. En el presente caso todos los recursos judiciales disponibles se han agotado.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela. Se trata de una Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, se debe verificar la ocurrencia de una o varias de las causales específicas; estas son:

- Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. El operador judicial valoró la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa no hizo un análisis de cargos para identificar la discriminación salarial ni tuvo en cuenta que pese a tener los mismos cargos y funciones había discriminación salarial.
- Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- Violación directa de la Constitución” hubo un desconocimiento del artículo 53 de la Constitución con relación a los principios de *indubio pro operatio*, realidad, e igualdad. Así como del artículo 93 con relación al bloque de constitucionalidad. A su vez, hay un desconocimiento del precedente jurisprudencial haciendo una utilización del mismo escribiéndolo en la Sentencia, pero no basándose en él.
- Decisión sin motivación en la sentencia que nos ocupa no hay motivación alguna, llega a conclusiones sin haber hecho un razonamiento jurídico de las mismas, dice que hay igualdad sin haber hecho un test de razonabilidad. Indica que el “estímulo al ahorro” no es salario porque era un aporte voluntario de la Empresa llegando a esta conclusión sin mayor disertación

Jurídica ni de análisis factico, la Corte Suprema Sala de Casación, supuso sin motivar dicha suposición.

8. PRUEBAS

Copia de la Sentencia proferida por la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia En Bogotá D.C. 17 de junio de 2020 En Bogotá D.C. 17 de junio de 2020.

Solicito requerir por economía procesal

Solicito oficiar a la Secretaría de la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que envíe con destino al Despacho que conozca de la presente acción de tutela, íntegro el expediente que se conformó en razón del proceso judicial que dio lugar a la sentencia de casación proferida por la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Honorable En Bogotá D.C. 17 de junio de 2020.

DOCUMENTALES

- Copia de cedula de ciudadanía
- Extractos mensuales de los desprendibles de nómina del 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 y del 1 enero de 2012 hasta el junio 30 de 2012 donde se comprueba que en el momento de pago se realizaba en calidad de SALARIO, constatando esto que si constituía SALARIO según la normatividad vigente y no como arguye la contraparte.
- Oficio de pronunciamiento por parte de la OIT
- Oficio del mes de enero de 2020, donde se invierte el pronunciamiento de la OIT y coadyuvancia con miembros de sindicatos sobre el tema objeto de Litis.
- Contrato indefinido con Ecopetrol de fecha 26 de junio de 1989
- Certificación de Ecopetrol de fecha 16 de julio de 2012
- Copia del carnet de la empresa
- Oficio No. 02-2012-0993-16345 de 5 de julio de 2012
- Oficio No. 02-2012-0993-239910 3 de septiembre de 2012
- Certificación de estímulo al ahorro de fecha del 19 de octubre de 2012, donde expone que fueron cancelados desde el 31/enero /2008 hasta el 15/07/2010

9.- JURAMENTO:

Manifiesto que ni mis representados, ni el suscrito en nombre de ellos, hemos radicado una acción de tutela diferente a la presente con el fin de que se amparen derechos fundamentales por el defecto fáctico en que ha incurrido la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en razón de la sentencia contentiva de sus crasos errores.

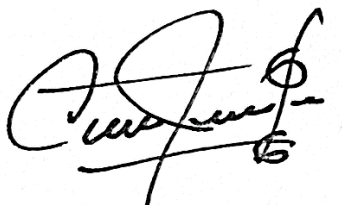
10.- NOTIFICACIONES:

La Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia recibirá notificaciones en el Palacio de Justicia, Secretaría General.

La Empresa Colombiana de Petróleos recibirá notificaciones en la Carrera 13 N° 36-24 de Bogotá D.C., o en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@ecopetrol.com.co

Mis representados recibirán notificaciones: en la dirección en la circunvalar 35 No. 92-156 torre 3 apto 1011 condominio Britania, barrio Tejar el nuevo de la Municipalidad de Bucaramanga (Sder.) en el correo electrónico: carmedina82@hotmail.com teléfono celular 312-4786973 fijo: (7)6810509 y en la Secretaría de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Atentamente,



CARLOS ALBERTO MEDINA
C.C. No. 6.758.985 de Tunja (Boyacá)