República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL5159-2018
Radicación n.° 68303
Acta 43

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que formulan ambas partes, contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso ordinario laboral que **ÁNGELA ESPERANZA SILVA ARIAS** adelanta contra **TERMOTASAJERO S.A. ESP**.

I. ANTECEDENTES

La citada accionante demandó a Termotasajero S.A. ESP a fin de que se declare que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo existente en la empresa y que fue despedida el 17 de diciembre de 2010, de manera unilateral, sin justa causa y sin observancia del procedimiento convencional. Así mismo, solicitó que se

declare que el beneficio de $1.745.000 y el auxilio de rodamiento por $450.000 son pagos salariales.

En consecuencia, reclamó el reintegro a un cargo de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, y la indexación de las condenas.

En subsidio, demandó el pago de las prestaciones sociales de carácter convencional percibidas en los tres años anteriores a la terminación de su contrato; el reajuste de sus prestaciones sociales e indemnizaciones pagadas a la finalización del vínculo, con inclusión de los beneficios no salariales por $1.745.000 y el auxilio de rodamiento por $450.000; la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, relató que laboró en Termotasajero desde el 17 de junio de 2002 hasta el *«17» (sic)* de diciembre de 2010, mediante contrato de trabajo suscrito a término indefinido; que el 7 de abril de 2009 celebró un nuevo contrato para ocupar el empleo de Jefe de Compras; que en esa oportunidad acordó un salario básico de $3.051.000, más *«otros beneficios»* por $1.745.000 y un auxilio de rodamiento mensual por $450.000.

Narró que a través de oficio de 17 de diciembre de 2010 la empresa terminó su vínculo laboral de forma unilateral, bajo el argumento de una *«reestructuración interna»*.

Explicó que al interior de la compañía existe un sindicato mayoritario denominado Sintraelecol, con el cual la empresa tiene suscrita una convención colectiva de trabajo, aplicable de forma extensiva a todos los trabajadores por orden del artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo; que además, el artículo 2.° de ese instrumento colectivo expresamente extiende su campo de aplicación a la universalidad de los empleados de la empresa.

Indicó que según la certificación expedida por Termosajero, el número de trabajadores de planta ascendía a 110 en el año 2010 y, de acuerdo con la certificación entregada por el sindicato, la densidad de afiliados a ese año era de 44. Por lo anterior, sostuvo que el número de trabajadores sindicalizados supera la tercera parte de la nómina, lo que significa que la convención colectiva aplica por extensión a todos los trabajadores.

Aseguró que de acuerdo con el inciso 3.° del artículo 44 del convenio colectivo, Termotasajero estaba obligado a pasar copia al sindicato de toda carta que dirija a sus afiliados sobre llamados de atención, descargos, sanciones o despido, eslabón que omitió la empresa. Adicionalmente, refirió que la demandada pretermitió íntegramente el procedimiento convencional del artículo 44 y violó la garantía de estabilidad prevista en los artículos 63 y 64, parágrafo 1.° *ibidem*.

Por otro lado, afirmó que la suma de $1.745.000 por *«otros beneficios»* y el auxilio de rodamiento por $450.000 son pagos retributivos del servicio, conforme lo establece el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. A ello, agregó que esta forma de remuneración excede el tope máximo del 40% permitido por el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 como pagos no remunerativos.

Por último, manifestó que la convención colectiva de trabajo vigente del 1.° de marzo de 2000 al 28 de febrero de 2002, se ha prorrogado en virtud de lo previsto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Termotasajero S.A. ESP se opuso a las pretensiones de la demanda. De sus hechos, admitió que Ángela Esperanza Silva Arias laboró mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de junio de 2002 hasta el *«17» (sic)* de diciembre de 2010, fecha en la que terminó por decisión unilateral de la empresa, sin justa causa, debido al proceso de reestructuración interna que adelantó la compañía. Así mismo, aceptó la prórroga automática de la convención colectiva de trabajo (2000-2002). Los restantes hechos los negó en su mayoría y frente a algunos manifestó no constarle.

En su defensa, expuso que la demandante no tiene derecho a los beneficios y prestaciones de la convención colectiva de trabajo, por dos razones. Primero, porque ocupó el empleo de Jefe del Departamento de Compras que corresponde al segundo nivel jerárquico, el cual es de

confianza, dirección y manejo, no sujeto a un horario laboral. Este cargo -aclara- por orden del artículo 2.° del convenio colectivo, se encuentra excluido de su aplicación. Segundo, porque mediante carta suscrita el 17 de junio de 2002 renunció a la convención colectiva de trabajo a fin de acceder al sistema de retribución especial de la compañía, que es excluyente e incompatible con aquella. Puntualizó que en virtud de este sistema remuneratorio, la demandante recibió además de su salario, una bonificación mensual por valor de $1.745.000 y un auxilio de rodamiento por $450.000.

En cuanto a la declaración salarial que impetró respecto de los dos últimos conceptos citados, argumentó que no tienen carácter retributivo del servicio; además, sobre ellos recayó un acuerdo de exclusión salarial amparado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y su fijación encuentra respaldo en el acta de la junta directiva en la que se ratificó el régimen de beneficios de los trabajadores excluidos del instrumento colectivo.

En soporte de su defensa, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

A través de memorial que obra a folio 200, la accionante reformó su demanda. Añadió al acápite de hechos que su contrato laboral no corresponde a un cargo de confianza y manejo, en tanto que «*esta modalidad de*

contrato los suscribe la demandada con el personal no sindicalizado».

Termotasajero S.A. ESP replicó que ese hecho no era cierto. Explicó que el concepto de dirección, confianza y manejo no es una modalidad contractual sino una característica de ciertos empleos; además, estos cargos los ocupan indistintamente trabajadores sindicalizados y no sindicalizados.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, a través de fallo de 27 de noviembre de 2012, absolvió a la accionada de las pretensiones formuladas en su contra e impuso costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que formuló la parte demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la sentencia recurrida en casación, corregida el 7 de mayo de 2014, revocó parcialmente el fallo del *a quo*. En su lugar, declaró ineficaz el acuerdo de exclusión salarial en cuanto al beneficio mensual de $1.745.000, a fin de darle efectos retributivos.

En consecuencia, y teniendo en cuenta un salario real de $4.796.000, condenó al pago de las siguientes sumas indexadas: *(i)* $34.585.257 por auxilio de cesantías; *(ii)*

$941.490 por intereses a las cesantías; *(iii)* $3.922.878 por vacaciones; *(iv)* $7.844.008 por prima de servicios, y *(v)* 36.834.992 por indemnización por despido injusto. Precisó que la indexación de estos montos debía continuar hasta tanto se haga efectivo su pago, sin perjuicio de que a la fecha de ejecutoria de la sentencia se causen intereses de mora.

Adicionalmente, ordenó el reajuste de los aportes al subsistema de pensiones por toda la vigencia de la relación de trabajo, junto con el pago de los intereses liquidados por la administradora de pensiones designada por la demandante y *«sin perjuicio de tener que pagar los aportes para salud junto con los intereses de mora respectivo si así se exigiere para el cumplimiento de la condena»*.

Facultó a la empresa demandada para descontar de las condenas, las sumas de dinero que hubiese entregado, y la absolvió de las restantes pretensiones de la demanda.

En sustento de su decisión, empezó por plantear los siguientes problemas jurídicos: *(1)* ¿la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa, aplicaba a Ángela Esperanza Silva Arias al tiempo de su despido? De ser afirmativo lo anterior, *(2)* ¿tiene derecho a los beneficios y prestaciones convencionales? Por último, *(3)* ¿son salario las sumas de dinero que percibió en forma adicional a su sueldo básico?

Sostuvo que para construir su sentencia tendría en cuenta los documentos aportados y solicitados por ambas partes, los interrogatorios y el testimonio del señor Inocencio Cogollos Zárate.

Frente al primer problema jurídico, adujo que la demandante mediante comunicación de 17 de junio de 2002, dirigida a Termotasajero, manifestó su decisión libre y voluntaria de no acogerse a los beneficios de la convención colectiva de trabajo, hecho que ratificó en el interrogatorio de parte que se le formuló. Adicionó que no existía prueba que acreditara que hubiese sido coaccionada o engañada, ni indicio de que con posterioridad hubiese manifestado a su empleador su decisión de adherirse a las prerrogativas de la convención o afiliado al sindicato.

Advirtió que si bien es cierto el testigo Inocencio Cogollos Zárate relató que algunos empleados eran obligados a firmar esa renuncia al momento de ingresar a la empresa, también lo es que afirmó que conocía este hecho de manera general, *«no específica»*, y que no tuvo acceso a esa documentación. Por lo anterior, concluyó que no era posible darle mérito a su declaración *«por cuanto la misma proviene de un conocimiento general, sin soporte probatorio alguno y sí de oídas»*.

Descartó que la renuncia a los derechos convencionales fuese solamente para la vigencia del contrato a término fijo suscrito al ingresar a la empresa, en tanto que en el otrosí de 16 de octubre de 2003, a través del

cual se modificó la duración del contrato de término fijo a indefinido, ratificó esa decisión (f.° 135). Adujo que esa ratificación no fue impuesta por parte de la empresa y que la demandante no estaba *«obligada a "ratificar su voluntad de no beneficiarse de la convención colectiva de trabajo"»*.

Manifestó que la actora en el curso del vínculo no expresó su deseo de rescindir lo acordado con la demandada; además, recibía bonificaciones únicas por no pertenecer al régimen colectivo y no se le descontó de su salario cuota sindical. De ello, dedujo que renunció al convenio colectivo de manera voluntaria, premisa que le sirvió de fundamento para resolver el segundo problema jurídico en el sentido que Silva Arias no tiene derecho a las prestaciones y auxilios convencionales.

En lo relativo al tercer problema jurídico, observó que a folio 20 la Directora de Gestión Humana de Termotasajero certificó que la demandante *«por su contrato de trabajo recibe mensualmente como otros beneficios la suma de $1.745.000 pesos M/cte., y un auxilio de rodamiento por valor de $450.000 pesos M/cte, los cuales no son salario ni factor prestacional»*. Lo anterior, subrayó, fue acordado por las partes en el contrato de trabajo inicial, en los otrosíes y en el contrato final.

Arguyó que, conforme a lo anterior, la demandante percibió $2.195.000 por pagos no constitutivos de salario, cifra que equivale al 71.94% del total del último salario básico devengado ($3.051.000). Con base en esta

circunstancia, indicó que esta forma de retribución *«desnaturalizó el elemento esencial del salario, desmejorando a la actora por la prestación de sus servicios, lo cual va en contravía de la normativa laboral, así como de los principios constitucionales de la primacía de la realidad, irrenunciabilidad de los derechos laborales y la remuneración mínima vital y móvil, incluso del Convenio 95 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad».* Así pues, subrayó que ese pacto era ineficaz.

Adujo que si bien la ley autoriza a las partes para elaborar pactos de exclusión salarial, lo cierto es que debe existir *«una proporcionalidad razonable»* entre esos beneficios con lo realmente devengado.

A pesar de lo anterior, sostuvo que el auxilio de rodamiento por $450.000 no tenía connotación salarial, mientras que *«la suma de $1.745.000 sí se considera que tiene incidencia salarial por tratarse según la certificación expedida por la empresa de un beneficio mensual, sin destinación específica alguna, como se lee a folio 20».* Añadió que el auxilio de rodamiento, en comparación con el otro beneficio, sí era una *«suma razonable»* y, además, fue reconocida para facilitar la prestación del servicio de la demandante en función de su cargo.

Para complementar su argumento, acudió al acta 17 de 2009 de la junta directiva de Termotasajero que señaló un límite del 35% de los beneficios extralegales.

A continuación, citó dos sentencias de esta Corporación y subrayó que *«si bien el legislador en materia laboral no ha previsto una disposición para limitar el monto o porcentaje de lo que pueden pactar empleador y trabajador como ingreso no salarial, al convenir el monto de este último, la lógica impone que debe existir entre lo considerado como salario y lo que no lo es, una proporción razonable, teniendo presente que tal pacto puede afectar derechos mínimos irrenunciables del trabajador en materia de prestaciones sociales, incluyendo lo relacionado con su derecho a la pensión de vejez».*

En consecuencia, manifestó, si la remuneración total fue de $5.246.000, compuesta por $3.051.000 de sueldo básico y $2.195.000, al aplicar el 35% al salario básico, arroja un monto de $1.067.850, que correspondería a la suma máxima no salarial. Añadió que *«como el auxilio de rodamiento no supera el valor de $1.067.850, dado que correspondió a la suma de $450.000, se considerará como factor no salarial».*

Así, aseguró que debía reconocerse de manera favorable la incidencia salarial al valor reconocido como bonificación mensual de $1.745.000, por lo que era procedente revocar la sentencia del juez *a quo* e imponer las condenas antes descritas, teniendo en cuenta un salario total de $4.796.000, *«es decir la suma de la asignación básica mensual de $3.051.000, más $1.745.000 reconocida como beneficio o bonificación sin especificación determinada según la constancia mencionada».*

Por último, declaró la prescripción de los derechos exigibles antes del 25 de mayo de 2009, salvo los aportes a la seguridad social y cesantías; precisó que el contrato de trabajo fue hasta el 19 de diciembre de 2010 y, en cuanto a la sanción moratoria, manifestó que en el recurso de apelación la demandante no controvirtió la decisión absolutoria del juzgado.

IV. LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Ángela Esperanza Silva Arias y Termotasajero S.A. ESP recurrieron en casación. Por razones metodológicas, la Corte resolverá ambos recursos conjuntamente.

V. RECURSO DE CASACIÓN (ÁNGELA ESPERANZA SILVA ARIAS)

VI. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la parte demandante que la Corte case el fallo impugnado en cuanto no declaró que le asistía derecho a los beneficios convencionales (reintegro), no incluyó el auxilio de rodamiento como factor salarial y absolvió de la sanción moratoria. En sede de instancia, reclama que se acceda a esas pretensiones.

Con tal propósito, formula cuatro cargos, que fueron objeto de réplica por la empresa accionada.

VII. CARGO PRIMERO

Por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, le atribuye a la sentencia controvertida la violación de los artículos 467, 468, 470, 471, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 24, 37, 39, 43, 46, 65, 104, 108, 127, 128 y 374 *ibidem*, 13, 18 y 22 de la Ley 100 de 1993, 60, 61, 62 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, 1602 del Código Civil, 13, 39, 43 y 53 de la Constitución Política.

Lo anterior como consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que los efectos de la renuncia a los beneficios de la convención colectiva presentada por la actora el 17 de junio de 2002, se hubiesen extendido hasta la finalización del vínculo laboral.

2. No dar por demostrado, estándolo, que la renuncia a los beneficios de la convención colectiva presentada por la actora el 17 de junio de 2002, solo aplica para la vigencia del contrato de trabajo a término fijo suscrito al comienzo de su relación laboral.

3. No dar por demostrado, estándolo, que con la suscripción del nuevo contrato de trabajo a término indefinido, el 7 de abril de 2009, quedaron sin efecto las disposiciones anteriores, entre ellas, la renuncia a la convención colectiva.

4. Dar por demostrado, sin ser ello cierto, que una vez se suscribe el contrato de trabajo a término indefinido, la actora estuvo obligada a ratificar su voluntad de no beneficiarse de la convención colectiva de trabajo, habiendo continuado con dicha voluntad.

5. No dar por demostrado, estándolo, que la señora SILVA ARIAS es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre TERMOTASAJERO S.A. E.S.P y SINTRAELECOL, para los años 2000-2002, la cual se encontraba vigente por prórroga automática a! 17 de diciembre de 2010, cuando se desvincula la actora.

Asegura que los errores de *facto* citados se originaron en la valoración equivocada del contrato de trabajo a término fijo suscrito el 17 de junio de 2002 y sus otrosíes, la comunicación de 17 de junio de 2002, el contrato de trabajo a término indefinido celebrado el 7 de abril de 2009, la convención colectiva de trabajo, el reglamento interno de trabajo, las constancias laborales, la comunicación del 17 de octubre de 2010, el interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios de Inocencio Cogollos Zárate, Ender Rolano Jaime Peñaranda, Jesús Orlando Martínez Pedraza, Nelson Javier Montaña Dueñas, Francisco José Montes Bermón y José Mario Aparicio Díaz.

En desarrollo de su acusación, critica al Tribunal por haber dado por acreditado que la renuncia a los beneficios convencionales suscrita en junio de 2002 conservó sus efectos hasta el fin de la relación de trabajo, al margen de si las partes celebraron un nuevo negocio jurídico.

En tal dirección, expone que los contendientes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo el 17 de junio de 2002 y dos otrosíes de fechas 16 de octubre de 2003 y 29 de abril de 2005, que en el primero de ellos la accionante ratificó el deseo de no beneficiarse de la convención colectiva de trabajo. Sin embargo -precisa-, el 7 de abril de 2009 firmaron un nuevo contrato de trabajo a término indefinido, en cuya cláusula décima segunda se consignó que el acuerdo reemplazaba en su integridad y dejaba sin efecto *«cualquier otro contrato verbal o escrito»*.

Asegura que en el nuevo vínculo laboral los suscriptores no manifestaron su interés en ratificar la renuncia a la convención colectiva de trabajo, de manera que no era plausible aseverar, como lo hizo el juez plural, que *«la actora estuvo obligada a ratificar su voluntad de no beneficiarse de la convención colectiva de trabajo»*.

De esta forma, sostiene que el Tribunal cometió el mayúsculo error de no advertir que las partes dejaron sin efecto todos los actos contractuales previos.

Subraya que por haber quedado sin efecto la renuncia a la convención colectiva de trabajo, sumado al hecho que ocupó el cargo de Jefe de Compras, tiene derecho a los beneficios convencionales de acuerdo con los artículos 45 del reglamento interno de trabajo, y 2 y 3 del instrumento colectivo. Dentro de estas prerrogativas, resalta los artículos 44 y 63 convencionales, relativos al procedimiento disciplinario y la garantía de estabilidad en Termotasajero, esto, para decir que tiene derecho al reintegro en tanto que la empresa no siguió el trámite sancionatorio.

Por otro lado, acude al interrogatorio de parte rendido por la demandante, con el propósito de demostrar que ella corroboró, en sus propias palabras, lo antes expuesto.

Finalmente, puntualiza que los testigos no ofrecen elementos de juicio en tanto que la suscripción del contrato laboral es un negocio entre las partes.

VIII. CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

Por la vía directa, y bajo los conceptos de aplicación indebida (cargo primero) e interpretación errónea (cargo segundo), la proponente le atribuye a la sentencia controvertida la violación del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, en relación con los artículos 22, 24, 37, 39, 43, 64, 65, 104, 108, 127, 128, 374, 467, 468, 470, 471, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, 13, 18 y 22 de la Ley 100 de 1993, 60, 61, 62 y 66 A del Código Procesal del Trabajo, 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, 1602 del Código Civil, 13, 39, 43 y 53 de la Constitución Política.

En sustento de su embate, sostiene que según el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, la totalidad de los pagos no salariales no pueden ser superiores al 40% del total de la remuneración. De esta forma, asegura que el Tribunal ha debido sumar la bonificación por $1.745.000 y el auxilio de rodamiento por $450.000 para determinar si excedían el límite referido.

Critica que el juez plural para efectos de establecer si la remuneración de la demandante se ajustaba a los topes máximos, haya examinado por separado el beneficio de $1.745.000 y el auxilio de rodamiento; también que producto de ese ejercicio, haya concluido que el segundo no era salario porque no superó el 35% del salario base ($1.067.850).

De acuerdo con lo anterior, concluye que el acuerdo celebrado entre las partes debe declararse ineficaz, pues *«cumple con las condiciones de habitualidad, periodicidad en su pago y retribución del servicio, de la bonificación tenida en cuenta por el Tribunal, sin importar el nombre o la denominación que para efectos de constitución de salario le haya dado Termotasajero»*.

IX. CARGO CUARTO

Por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, le imputa a la sentencia impugnada la transgresión del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, violación medio que condujo a la infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 22, 24, 37, 39, 43, 64, 104, 108, 127, 128, 374, 467, 468, 470, 471, 478 y 479 *ibidem*, 13, 18 y 22 de la Ley 100 de 1993, 60, 61 y 62 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 174, 177 y 305 del Código de Procedimiento Civil, 1602 del Código Civil, 13, 39, 43 y 53 de la Constitución Política.

Al inicio de su disertación, recuerda que el Tribunal negó la sanción moratoria bajo el argumento de que no fue materia de apelación.

Asegura que este razonamiento transgrede el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, incorporado como artículo 66 A al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en tanto que este precepto en modo alguno es una excusa para

que los jueces se sustraigan de su papel protector de los derechos de los trabajadores.

Destaca que el principio de la consonancia es una garantía del derecho de contradicción, de manera que si desde la demanda inicial se reclamó la sanción moratoria es porque tal pretensión lleva implícita la declaratoria previa de inclusión salarial de la bonificación y el auxilio de rodamiento. Por esta consideración, señala que el juez plural estaba obligado a pronunciarse sobre la sanción moratoria, en tanto era un aspecto *«inescindible de lo pedido en apelación, con lo cual por demás hacía efectivo el principio judicial universal de iura novit curia».*

Insiste en que no es transgresor del principio de consonancia el decidir sobre puntos inmersos o inescindibles de las materias apeladas, puesto que la *«suerte de lo accesorio corre la misma suerte de lo principal».*

A renglón seguido, cita extensamente la sentencia CSJ SL, 30 abr. 2014, rad. 46013, en torno al deber de los jueces de segunda instancia de pronunciarse sobre los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

X. RÉPLICA

En cuanto al primer cargo, el demandado asegura que la conclusión del Tribunal es razonable y construida sobre una sana crítica. En esa línea, precisa, por un lado, que la renuncia, al ser un acto unilateral, es inmodificable

mediante acuerdo bilateral; por otro, que la convención colectiva objeto de renuncia, fue la misma durante la vigencia de la relación laboral.

Así mismo, sostiene que el contrato laboral firmado en el 2009 no erigió una nueva relación de trabajo, por lo que no era necesario una nueva renuncia.

En relación con los cargos segundo y tercero, le atribuye al recurrente imprecisiones en su estructuración, dado que argumenta, al mismo tiempo, que los pagos no salariales superaron el 40% de la remuneración y, además, que el auxilio de rodamiento es salario. Así, señala que es contradictorio afirmar que un pago no es salario y, a su vez, alegar su connotación retributiva.

Por último, en lo atinente al cuarto cargo, destaca que el Tribunal se ciñó al principio de congruencia, dado que el demandante no apeló la sanción moratoria.

XI. RECURSO DE CASACIÓN (TERMOTASAJERO S.A. ESP)

XII. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la parte demandada que la Corte case totalmente el fallo controvertido y, en sede de instancia, confirme el del juez de primer nivel.

En subsidio, solicita que se case parcialmente la sentencia en cuanto le otorgó incidencia salarial a la totalidad de la bonificación. En su lugar, pide que se le otorgue ese carácter solamente a la suma de $677.150 que corresponde al excedente sobre el 35% del salario ordinario. En sede de instancia, propone que se revoque parcialmente la decisión del juzgado y se reliquiden las prestaciones sociales y demás créditos laborales.

Con tal objetivo, propuso un cargo, que replicó la demandante.

XIII. CARGO ÚNICO

Le imputa a la sentencia controvertida la aplicación indebida, por la vía indirecta, de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 64, 189, 192, 249, 306, y 467 *ibidem*, 1.° de la Ley 52 de 1975, 99 de la Ley 50 de 1990 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior como consecuencia de los siguientes errores de *facto*:

> *1. Dar por demostrado, sin estarlo, que las bonificaciones extralegales que le eran reconocidas a la actora de manera adicional a su salario mensual, no obstante el acuerdo expreso entre las partes sobre su naturaleza no salarial, constituyeron salario en los términos del artículo 127 del CST.*
>
> *2. No dar por demostrado estándolo, que las bonificaciones que periódicamente se le reconocieron a la actora de forma adicional a su salario, en el último periodo por concepto de auxilio*

educativo -$1.125.000- y por concepto de pensión voluntaria -$620.000-, constituyeron un régimen de beneficios excluyente con cualquier otro sistema de beneficios extralegal, y fue el resultado de la directriz adoptada por la junta directiva de la entidad en cumplimiento del mandato dispuesto en la convención colectiva de trabajo.

3. No dar por demostrado estándolo, que las bonificaciones extralegales que periódicamente se reconocieron a la actora, en el último periodo por concepto de auxilio educativo y pensión voluntaria, por lo menos en la proporción correspondiente al 35% del salario ordinario, no constituyeron salario por disposición expresa del acuerdo de la junta directiva que fue expedido en desarrollo de una norma convencional.

4. No dar por demostrado estándolo, que un auxilio médico o para construcción de una pensión voluntaria, dado su carácter prestacional, no tiene por finalidad la retribución directa del servicio y por ende es perfectamente válido el acuerdo que de manera expresa ratifique su carácter no salarial.

Resalta que los yerros de hecho enunciados se originaron en la valoración errada del otrosí de 29 de abril de 2005, el contrato laboral suscrito el 7 de abril de 2009, el acta n.° 17 de la junta directiva de 22 de abril de 2009 y la certificación de 26 de julio de 2010. Además, en la pretermisión de la convención colectiva de trabajo.

En desarrollo de su embate, afirma que las bonificaciones reconocidas a la demandante tuvieron una destinación específica y se establecieron conforme a las directrices de la junta directiva plasmadas en el acta n. 17 de 22 de abril de 2009. Según esta acta, los trabajadores excluidos de la convención colectiva de trabajo, como la demandante (art. 2 CCT), tenían un régimen de beneficios extralegal que les permitía escoger prestaciones no salariales en materia de alimentación, educación, transporte y aportes voluntarios a pensión.

Por lo anterior, subraya que con la demandante se convino un régimen de beneficios instrumentado en el otrosí de 29 de abril de 2005, y luego en la cláusula sexta del contrato de trabajo suscrito el 7 de abril de 2009 en el que se estipuló un pago no constitutivo de salario por $1.690.000, distribuido de la siguiente manera: $600.000 de pensión voluntaria y $1.090.000 de gastos médicos.

Arguye que aunque la certificación de 26 de julio de 2010 (f.° 20), genéricamente alude a que la trabajadora percibía $1.745.000 a título de beneficios no salariales, esto no desvirtúa lo convenido con la demandante en el año 2009. De hecho, esa cifra corresponde al monto incrementado de los beneficios por salud y pensión voluntaria negociados en el 2009.

Refiere que la circunstancia de que los beneficios hubiesen superado el 35% del sueldo básico mencionado en el acta de la junta directiva, no elimina los efectos del pacto de exclusión salarial, *«no solo porque al superarse ese límite, antes que un perjuicio representaba un beneficio para la demandante, sino porque la propia naturaleza de los beneficios –salud y pensión voluntaria-, ellos en ningún escenario podían ser considerados como salario, en tanto su concesión era absolutamente ajena al desempeño de la trabajadora, pero además el origen seguía siendo el régimen de beneficios extralegal definido por la junta directiva de la empresa para ser aplicable a los trabajadores excluidos de la convención colectiva».*

Finalmente, aduce que la consideración del Tribunal relativa a que no era factible exceder el 35% del sueldo básico, no implicaba dejar sin valor el acuerdo de exclusión salarial de las bonificaciones. A lo sumo, ha debido limitar la validez de la exclusión salarial a ese tope del 35%.

XIV. RÉPLICA

La parte accionante afirma que Termotasajero desbordó el tope de 35% fijado por su junta directiva como límite a los beneficios no salariales. Resalta que para determinar si los pagos no retributivos excedieron o no ese porcentaje, es necesario incluir los beneficios y el auxilio de rodamiento, en tanto que este último ingresó a su patrimonio.

Sostiene que el certificado de folio 20 es relevante y que las conclusiones razonables de los jueces de instancia deben respetarse en casación. A esto añade que aun si se aceptará la tesis del recurrente, de cualquier modo la naturaleza de los créditos es retributiva.

XV. CONSIDERACIONES

Para dar orden a la exposición, vale recordar que para el Tribunal la demandante renunció de manera voluntaria a los beneficios de la convención colectiva de trabajo, dimisión que se mantuvo hasta el final de la relación de trabajo. Por otro lado, determinó que los beneficios por $1.745.000 tenían incidencia salarial, dado que carecían de

destinación específica y no guardaban *«una proporcionalidad razonable»* con el sueldo devengado. En cambio, negó el carácter salarial al auxilio de rodamiento al considerar que era *«suma razonable»* y, adicionalmente, se reconoció para facilitar la prestación del servicio de la demandante en función de su cargo. Por último, se abstuvo de estudiar la procedencia de la sanción moratoria porque no fue objeto de apelación.

Los litigantes rebaten esas conclusiones mediante los argumentos antes resumidos. Así las cosas, le corresponde a la Corte definir los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿El Tribunal incurrió en un error de hecho ostensible al concluir que la renuncia a los beneficios de la convención colectiva de trabajo realizada por Ángela Esperanza Silva Arias se proyectó durante la vigencia de la relación de trabajo?

2. ¿El juez plural infringió el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 al no tener en cuenta que los pagos no salariales no pueden ser superiores al 40% del total de la remuneración? Lo anterior, asegura la demandante, habría llevado a considerar que el auxilio de rodamiento tenía incidencia salarial.

3. ¿El juez de segundo nivel se equivocó al determinar que los beneficios no salariales por $1.745.000 son salario?

4. ¿El Tribunal transgredió el principio de consonancia (art. 66 A CPT) al abstenerse de estudiar la procedencia de la sanción moratoria?

En el orden descrito, se resolverán los problemas planteados.

1. En torno a la renuncia a la convención colectiva de trabajo

Para analizar este punto, es necesario tener presente que la proponente no discute la validez de la renuncia a los beneficios convencionales, de fecha 17 de junio de 2002. Tampoco plantea que aquella, suscrita el día en que ingresó a la empresa, fuese un prerrequisito de vinculación laboral. Su inconformidad con el fallo controvertido radica, exclusivamente, en que esa dimisión a la convención tuvo vigencia hasta el 7 de abril de 2009, calenda en que suscribió un nuevo contrato de trabajo, en el que se dejó sin efecto todos los actos o acuerdos previos.

Pues bien, contrario a la tesis de la demandante, para la Sala esa renuncia sí se proyectó durante toda la relación de trabajo y, desde este punto de vista, el Tribunal no erró.

No hay que olvidar que los acuerdos y contratos suscritos entre los sujetos de la relación de trabajo, deben analizarse a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes. Por

este motivo, para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos es imprescindible el contexto, así como los sobreentendidos, presuposiciones e inferencias razonables que dan por sentadas las partes al emitir los actos jurídicos.

En este caso, la Corte observa que los litigantes celebraron un contrato de trabajo a término fijo el 7 de junio de 2002. Ese mismo día, la accionante comunicó a la empresa su intención de no acogerse *«a los beneficios de la convención colectiva de trabajo»* (f.° 150). En contraprestación a esta dimisión, la trabajadora fue inscrita en el régimen especial de remuneración diseñado por la empresa, el cual, según lo estipulado en la cláusula segunda del contrato laboral, es incompatible con cualquier otro sistema de remuneración, *«por ejemplo la convención colectiva de trabajo»*.

El 16 de octubre de 2003, las partes firmaron un otrosí en el cual se convino la reconversión a término indefinido del contrato laboral, y en ese acto, la demandante ratificó *«su voluntad de no beneficiarse de la convención colectiva de trabajo»*. Luego, el 29 de abril de 2005 se celebró un nuevo otrosí, en el cual la demandante aceptó el régimen especial de compensación propuesto por la empresa, bajo el entendido que ese sistema era excluyente con cualquier otro, *«por ejemplo la convención colectiva de trabajo»*.

El 7 de abril de 2009 la trabajadora y Termotasajero S.A. firmaron un contrato de trabajo a término indefinido. Aunque, al parecer se trató de un nuevo contrato o un nuevo vínculo laboral, lo cierto es que en realidad fue un acuerdo enmarcado en la misma relación laboral que venía ejecutándose con la empresa. Dicho de otro modo: tenía un continente -o molde- de un nuevo contrato pero su *contenido* consistía en una modificación contractual, que bien pudo hacerse mediante otrosí.

En efecto, los términos del acuerdo son reiterativos en que el vínculo de trabajo inició *«a partir del 17 de junio de 2002»* (párr. 1 y cláusula 7). Así también lo entendieron las partes, al punto que la liquidación de los derechos laborales englobó el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2002 y el 19 de diciembre de 2010. Lo anterior derrota la tesis del recurrente según la cual el contrato de trabajo suscrito en el 2009 dio inicio a una nueva relación de trabajo.

Es importante subrayar que en el acuerdo laboral del año 2009, la trabajadora nuevamente manifestó su intención de acogerse al régimen especial de compensación creado por la compañía, el cual *«sustituye cualquier otro régimen de retribución extralegal vigente en la Empresa»*. Allí mismo se anotó que *«si por voluntad del trabajador, le fuere aplicable otro régimen de remuneración, como por ejemplo la convención colectiva de trabajo»*, cesarían los efectos del pacto.

Y si bien los suscriptores expresaron en la cláusula décima segunda que *«el presente contrato constituye el acuerdo único y total entre las partes y reemplaza en su integridad y deja sin efecto cualquier otro contrato verbal o escrito»*, esta consigna no puede comprenderse de manera aislada, al margen de las otras disposiciones del contrato, tal como la prevista en la cláusula sexta, relativa a la intención de la trabajadora de acogerse al régimen especial de compensación, el cual presuponía la renuncia o la no aceptación de los beneficios convencionales. Como toda acción comunicativa, los textos contractuales no pueden desconectarse de las intenciones de los emisores.

De lo precedente, es factible concluir que *(i)* la trabajadora renunció, de manera voluntaria, a los beneficios de la convención colectiva de trabajo para acceder a los incentivos del régimen de compensación especial; *(ii)* el contrato de 7 de abril de 2009 no dio inicio a un nuevo vínculo de trabajo, de manera que la dimisión a la convención se mantuvo durante la vigencia de toda la relación laboral; y *(iii)* así lo comprendieron razonablemente los interlocutores, premisa que se corrobora con el hecho de que en el contrato de 2009 las partes insistieron en que la demandante pertenecía al régimen especial de compensación diseñado por la compañía.

Así las cosas, al recurrente no le asiste razón en este punto.

2. ACERCA DE LA PRESUNTA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 1393 DE 2010

El artículo al que alude este acápite, preceptúa lo siguiente:

> *ARTÍCULO 30. Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.*

A juicio de la Corte, la citada norma, inscrita en el capítulo de la Ley 1393 de 2010 sobre *«medidas de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes»*, no modifica el concepto de salario definido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

El precepto bajo análisis, se limita a prohibir que los pagos no constitutivos de salario excedan el 40% del total de la remuneración *para efectos* de determinar el ingreso base de cotización al sistema de seguridad social. Nótese que la regla deja a salvo *«lo previsto para otros fines»*, al tiempo que circunscribe esta prohibición *«para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993»*, esto es, el IBC de la seguridad social.

Quiere decir lo anterior que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no es una autorización para *desalarizar* hasta el 40% de la remuneración del trabajador. El régimen del salario, su concepto y sus elementos, siguen gobernados por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del

Trabajo, que lo conciben como toda remuneración que percibe el trabajador por la prestación del servicio. De manera que, bien puede ocurrir que en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP) se determine que ciertos emolumentos, inferiores al 40% del total de la remuneración, son salario porque retribuyen directamente la fuerza de trabajo.

En este caso, el recurrente se concentra en demostrar que el total de los pagos no retributivos, excedían el 40%, lo que a su juicio lleva a considerar que el auxilio de rodamiento es salario. Se acaba de explicar que el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 no tiene relevancia en la definición de lo que es o no es salario, de manera que su ataque es ineficaz de cara a su propósito.

Como quiera que su discurso lo ocupó en demostrar la infracción al precepto citado, se olvidó de acreditar si el auxilio de rodamiento percibido era en realidad un pago compensatorio de su actividad laboral a la luz del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo demás, la anterior controversia era ineludible en casación por cuanto el Tribunal también señaló que esa prestación se reconoció para facilitar la prestación del servicio de la demandante en función de su cargo, es decir, no estaba dirigida a retribuir el trabajo.

Por esta razón y dada la insuficiencia del ataque en casación, los cargos segundo y tercero propuestos por la recurrente demandante, son infundados.

3. EN TORNO A LOS BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO POR $1.745.000

A diferencia del auxilio de rodamiento, el Tribunal sí concluyó que los beneficios no salariales equivalentes a $1.745.000 tenían talante retributivo y sobre esa base impartió algunas condenas. En contraste, la empresa disiente de esa deducción, bajo el argumento de que *(i)* la demandante era beneficiaria de un régimen compensatorio especial diseñado por la junta directiva, en el que se convinieron unos conceptos extralegales, no constitutivos de salario, discriminados en el contrato de trabajo del año 2009 así: $600.000 por pensión voluntaria y $1.090.000 por auxilio gastos médicos; *(ii)* ello se plasmó en un pacto de exclusión salarial admisible en virtud del artículo 15 de la Ley 50 de 1990; y *(iii)* el valor de $1.745.000 equivale a los beneficios citados, pero incrementados para el año 2010. También puntualiza que *(iv)* esos dineros tenían una destinación específica para construir la pensión y costear un plan de salud.

En estos términos, deberá dilucidarse si el auxilio por pensión voluntaria de $600.000 y el auxilio por gastos médicos de $1.090.000 son o no salario. Previo a ello, estima pertinente la Sala esbozar un marco doctrinario que sirva de derrotero para la adecuada solución del conflicto, de la siguiente manera.

3.1. EL CONCEPTO DE SALARIO

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en

su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

3. 2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, *(i)* las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; *(ii)* las prestaciones sociales; *(iii)* el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; *(iv)* las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un

emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos *ocasionales* salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje *minúsculo* y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

3.3. Los denominados pactos no salariales

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, *«tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad»*.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»* (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario *«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»*, sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo

de exclusión salarial *podrían* ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede *desalarizar* o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, *«pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo»* (CSJ SL1798-2018).

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de

allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adoctrinó:

> *[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.*
>
> *Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:*
>
> *Se pactó así, en favor del trabajador el pago de $362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante.*

3.5. EL CASO BAJO EXAMEN

En este asunto, la Corte advierte que a pesar de que las partes acordaron que los beneficios consistentes en $600.000 por pensión voluntaria y $1.090.000 por auxilio gastos médicos no tenían fuerza salarial, ese pacto es ineficaz puesto que esas prestaciones en realidad retribuían el trabajo de la demandante.

En efecto, la Sala no encuentra que esos dineros tuvieran la destinación anunciada por la empresa, por varias razones:

En primer lugar, tanto el auxilio de gastos médicos y la pensión voluntaria eran entregados en dinero a la trabajadora para que ella dispusiera inmediatamente de esos recursos. Por esta vía, la demandante podía emplear esos dineros en la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario, tales como vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, entre otros. Es decir, la supuesta destinación específica alegada por la empresa se derrumba con el hecho de que esos auxilios eran traducidos en dinero para que la trabajadora dispusiera de ellos como a bien tuviera.

En efecto, a folios 5 a 11 y 20, milita el contrato de trabajo a término indefinido y un certificado laboral, respectivamente, de los cuales se deduce que la trabajadora percibía un sueldo básico por $2.956.000, más beneficios mensuales no salariales por $1.690.000, valores que en el año 2010 fueron incrementados a $3.051.000 y $1.745.000, respectivamente. En el contrato laboral mencionado además se precisó que *«los pagos derivados de salarios o cualquier otro concepto proveniente de la relación contractual podrán pagarse personalmente al trabajador, o a través mediante consignación en cuenta corriente, corporación de ahorro y vivienda o en general por un medio que garantice el ingreso del pago al patrimonio del trabajador».*

En segundo lugar, la compañía tampoco corroboró que esos recursos fuesen empleados en la construcción de una pensión voluntaria o en gastos médicos. No hacían parte de un plan consolidado de formación de una pensión voluntaria, sujeto a restricciones o condiciones de retiro razonable de los recursos, o de la financiación de un plan de salud empresarial. Simple y llanamente eran unos dineros que se entregaban bajo la etiqueta de *«pensión voluntaria»* y *«auxilio gastos médicos»*, sin que exista una prueba de su destinación específica o sujeción al fin para el que fueron creados. En este punto, debe insistir la Corte en que no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real.

En tercer lugar, la cuantía del auxilio de gastos médicos por $1.090.000 es excesivo en función de los costos de los planes complementarios de salud y de medicina prepagada ofrecidos en el año 2009. Tampoco la empresa acreditó en el juicio una proyección de los costos de los planes de medicina y gastos médicos versus el dinero entregado por ese concepto, de modo tal que la Corte pudiese encontrar una proporción razonable.

En definitiva, los beneficios consistentes $600.000 por pensión voluntaria y $1.090.000 por auxilio gastos médicos, incrementados en el año 2010 a un valor total de $1.745.000, retribuían el trabajo de la demandante.

Por tanto, el Tribunal no erró en este punto.

4. EL PRINCIPIO DE CONSONANCIA Y EL DEBER DEL TRIBUNAL DE PRONUNCIARSE RESPECTO A LA SANCIÓN MORATORIA

Conforme al artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sentencia *«deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación»*.

Esta Sala de la Corte, al respecto, ha sostenido que la consonancia obliga al juez a pronunciarse respecto a los temas expresamente apelados, de modo que entre lo que es objeto de impugnación y lo resuelto por el Tribunal, exista una relación de correspondencia, a no ser que en la segunda instancia se verifique la presencia de *«derechos mínimos irrenunciables del trabajador»* (CC C-968-2003 y SL4981-2017).

La posibilidad real de apelar, sin embargo, -precisa la Sala- presupone la existencia de materias o puntos que puedan ser controvertidos. Esto si se tiene en cuenta que la apelación es un ejercicio dialéctico, en el cual la parte inconforme discute a través de argumentos y razonamientos la decisión de primer nivel. La parte que apela intenta demostrar una tesis contraria a la sostenida por el juzgado y persuadir al superior funcional de la corrección de su argumento. Por ello, es lógico que para que pueda darse este contraste de ideas y puntos de vista debe existir en el fallo combatido temas discutibles. Dicho de otro modo: no

se trata de apelar por el prurito de hacerlo o argumentar *«al vacío»* sobre temas que no han sido ni siquiera analizados. Lo relevante es que la parte tenga *posibilidades argumentativas* o puntos a los cuales puedan dirigir ataques argumentales.

En este caso, el juzgado no se pronunció sobre la sanción moratoria por la simple razón de que no accedió a darle efectos salariales a los beneficios denominados pensión voluntaria y auxilio gastos médicos. De allí que no había ninguna materia que apelar ni tenía sentido hacerlo *al vacío* o sinrazón alguna. Admitir la tesis del Tribunal llevaría al absurdo de, por ejemplo, apelar el pago de prestaciones sociales o la sanción moratoria en un juicio en el que se negó la existencia de un contrato realidad. Tampoco debe abrirse paso el mal hábito en los estrados judiciales de recurrir en alzada todo lo pedido, simplemente *porque hay que hacerlo*, al margen de si no hay materias susceptibles de ser rebatidas.

Por lo anterior, la infracción medio del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo es mayúscula, en tanto que el Tribunal no podía exigirle al demandante apelar una materia que ni siquiera fue objeto de pronunciamiento por el juez de primer nivel, dado que su análisis estaba supeditado a la inclusión salarial de unos beneficios, con la consecuente detección de una mora en la satisfacción de los créditos laborales.

En consecuencia, el cargo es fundado.

XVI. SENTENCIA DE INSTANCIA

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses. Transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando se verifique el pago.

La Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. El juez debe constatar si el demandado omitió suministrar elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (CSJ SL8216-2016).

En este caso, la compañía accionada no aportó razones o elementos de juicio convincentes que le permitan sustraerse de la sanción moratoria más allá del nombre que le dio a los auxilios. Tampoco para la Sala existía una discusión razonable en torno a si los denominados auxilios de pensión voluntaria y de gastos médicos eran o no salario. Antes bien, su carácter retributivo era claro, ya que la trabajadora podía disponer inmediata y libremente de esos

recursos, de forma similar a como lo hace con su sueldo, premisa que desdibuja la destinación específica alegada por la empresa.

Además de lo anterior, se concedieron en unos montos exagerados en proporción de su sueldo básico, lo cual comprometió el monto de la liquidación de sus derechos laborales y los aportes al sistema de seguridad social de la demandante, en desmedro de sus expectativas legítimas sobre sus posibilidades pensionales y cubrimientos sociales.

Así pues, se condenará a la empresa al pago de la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo, teniendo en cuenta el salario determinado por el Tribunal de $4.796.000, a partir del 20 de diciembre de 2010 y hasta ese mismo mes y año del 2012. Luego de ello, se condenará a la empresa a reconocer intereses moratorios sobre las prestaciones sociales insolutas hasta la fecha en que se haga efectivo su pago.

Realizadas las operaciones de rigor, la sanción moratoria por los primeros 24 meses, corridos desde el 20 de diciembre de 2010 y hasta el 20 de diciembre de 2012, equivale a $115.104.000. A partir del mes 25, la demandada deberá reconocer intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandada.

XVII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso ordinario laboral que **ÁNGELA ESPERANZA SILVA ARIAS** adelanta contra **TERMOTASAJERO S.A. ESP**. en cuanto se abstuvo de pronunciarse sobre la sanción moratoria. No la casa en lo demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: Condenar a Termotasajero S.A. ESP al pago de $115.104.000 por concepto de sanción moratoria causada durante los 24 primeros meses posteriores a la fecha de terminación del contrato. A partir del mes 25 y hasta la fecha en que pague los créditos insolutos, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SALVO VOTO PARCIAL.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Con salvamento parcial de voto

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto

Bogotá, D.C. 30 NOV 2018 8am

Secretario

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto

Bogotá, D.C. 30 NOV 2018 5pm

SECRETARIA

SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D.C. 05 DIC 2018 Hora: 5pm

Secretario

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada Ponente

Radicado n.° 68303

ÁNGELA ESPERANZA SILVA ARIAS, y **OTRO VS. TERMOTASAJERO S.A. E.SP.**, y **OTRO.**

En primer lugar, debo expresar mi sorpresa ante la manera poco ortodoxa como se resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por ambas partes, en tanto se decidieron conjuntamente las demandas presentadas por la demandante y demandada, presentándose en algunos momentos confusión sobre qué demanda concreta se estaba decidiendo.

En segundo, discrepo de la decisión de restarle validez al pacto suscrito por las partes de no reconocerle efectos salariales de liquidación a la suma de $1.745.000 que recibió la demandante a título de bonificación,

Y en ese orden, hay error interpretativo de la Corte frente a los alcances de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto, para efectos de calificar el contenido salarial de un pago con fundamento en el artículo 127 del C. S. del T., se toma como criterio jurídico el que el pago se haga para retribuir el servicio, o negarlo porque no engrosan el patrimonio del trabajador, sino que persigue facilitar el desarrollo a cabalidad de las funciones, como lo prevé el artículo 128 *ibídem*.

Es una afirmación simplista a la que le faltó mayor explicación, porque si bien la primera parte del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo dispone, entre otros eventos, que no es salario lo que el trabajador recibe, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, la parte final de dicho precepto, regula igualmente que no son salario, además de las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX, «*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*».

Para no alargar más esta aclaración, me remito a la sentencia de casación del 12 de febrero de 1993, radicación 5481 de la extinguida Sección Segunda, en la que, entre otros apartes, para referirse a los artículos 127 y 128 del

Código Sustantivo del Trabajo, con las modificaciones introducidas por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, señaló:

> *Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como parece darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador, o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. 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 la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia, pagos que son 'salario' pueden, no obstante, excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).*

Finalmente, con la hermenéutica, a mi juicio equivocada, que ha adoptado la Corte últimamente, la conclusión que queda es que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, dejó de regir.

Fecha ut supra.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado