



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL4024-2017

Radicación n.º 46224

Acta No. 06

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. - ECOPETROL S.A.-** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el dos (2) de marzo de 2009, en el proceso ordinario que instauró **MIGUEL ANTONIO GONZÁLEZ ARTEAGA** a la recurrente.

I. ANTECEDENTES

MIGUEL ANTONIO GONZÁLEZ ARTEAGA demandó a la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. - ECOPETROL S.A. -**, con el fin de que se declare que las partes estuvieron laboralmente vinculadas durante más de 20 años, que terminó por reconocimiento al trabajador de

una pensión de jubilación, y para que se condene a la demandada a reconocer y pagar a favor de este la incidencia del salario en especie, que corresponde a lo que se le pagó por viáticos y alimentación durante los tres últimos años de servicios, más lo que le corresponde por dominicales y festivos laborados. Además solicita condena por concepto de reliquidación de prestaciones sociales en los tres últimos años de servicio, incluyendo todos sus gananciales, en cuanto impactan el valor de cesantías, primas, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación y primas de antigüedad, entre otras, más la incidencia salarial que tiene la prima de servicios, consecuencia de lo cual impetra se pague con retroactividad la pensión de jubilación y sus mesadas adicionales, en el valor que resultare con la incorporación de todos sus gananciales.

Finalmente reclama que por las sumas que resultaren de la reliquidación, se le paguen intereses moratorios, y que se sometan a indexación las condenas, y se le pague la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamento de tales pretensiones, el actor expuso que laboró para la demandada entre agosto de 1987 y septiembre de 2007; que permanentemente laboró fuera de su sede, por lo que en los últimos tres años generó viáticos permanentes, a los que la empleadora no les ha reconocido la incidencia salarial que tienen, no obstante que la justicia laboral de Cúcuta lo viene haciendo; que se le deben cesantías e intereses a las cesantías; que los viáticos

permanentes no fueron tenidos en cuenta para liquidar y pagar prestaciones sociales; que tampoco se le pagó el trabajo en días de descanso obligatorio; que la empleadora no tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, la incidencia salarial de lo que le pagó por concepto de alimentación, lo cual afectó su cesantía y sus intereses a la cesantía; que sus prestaciones sociales y su pensión de jubilación fueron liquidadas y pagadas sin tener en cuenta todos sus gananciales en el último año de labor, y que agotó la vía administrativa (fls 34-51 cdno 1).

En la contestación de la demanda, la empleadora aceptó como ciertos los hechos relativos a la existencia del contrato laboral, la generación de comisiones a favor del demandante, pero explicó que estas no tenían incidencia salarial, por así disponerlo la normativa interna de la empresa. Sobre los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones perentorias de prescripción y pago (fls 133-137 cdno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2008, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cucuta desató la primera instancia, ordenando a la demandada reajustar la cesantía, los intereses de esta y la mesada pensional del accionante, teniendo en cuenta la incidencia salarial de la alimentación y los viáticos. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones (fls 278-283 cdno 1).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de la apelación de Ecopetrol S.A. (flos 285-299 cdno 1), la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante sentencia del veinte (20) de octubre de 2009, confirmó la de primera instancia.

En lo que es de interés para decidir el recurso extraordinario, dijo el tribunal que con la prueba documental aportada por las partes, está demostrado que el demandante devengó por concepto de viáticos, la suma referida en la demanda; que sobre la incidencia salarial de los viáticos pagados a los trabajadores de la demandada, la Corte ya se ha pronunciado en sentido afirmativo, como consta en la sentencia 34625; que como la discusión planteada radica en que los viáticos no son factor salarial, precisa que la totalidad de los pagos por este concepto tienen incidencia salarial, sin que en nada afecte que el trabajador se haya acogido al Acuerdo 001 de 1977, pues para resolver los derechos reclamados se debe tener en cuenta el Código Sustantivo del Trabajo.

Precisó que para determinar la incidencia salarial de los viáticos, no es menester determinar cuáles eran las labores del cargo del demandante, y menos que sus desplazamientos se realizaron en cumplimiento de las mismas, o si eran permanentes o accidentales; que así lo concluye porque es obvio que los desplazamientos los hacía

el trabajador por orden del empleador, por fuera de que no es necesario establecer su carácter de viáticos, ya que por ese concepto fueron cancelados por la empresa; que en relación con la alimentación, no tiene razón el apelante cuando argumenta que para aplicar el artículo 316 de la anterior codificación, es necesario que el demandante haya prestado servicios fuera de centros urbanos, pues el artículo 127 ib, dispone que constituye salario en especie toda parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, como alimentación, habitación o vestuario, por lo que ese factor debe ser tenido en cuenta para el pago de prestaciones sociales y la liquidación de la mesada pensional (fls 10-21 cdno 2).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Propuesto por la parte demandada, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Persigue la parte demandada que la Sala “*CASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San José de Cúcuta – Sala de Decisión Laboral, el día 20 de octubre de 2009, en cuanto confirmó la sentencia de primera instancia (...) Y para que en sede de instancia revoque la sentencia de primera instancia en sus numerales: primero, tercero, cuarto, y quinto del resuelve y en su lugar absuelva de todo cargo y condena a la parte*

demandada ECOPETROL S.A., proveyendo en costas a la parte demandante.”

Con fundamento en la causal primera de casación, la recurrente formula tres (3) cargos, que fueron replicados.

La Sala los examinará conjuntamente, ya que a pesar de estar dirigidos por vías diferentes, comparten básicamente la misma proposición jurídica y tienen el mismo objetivo, cual es quebrar el segundo fallo en cuanto otorgó impacto salarial a la alimentación que la empleadora reconocía al accionante.

VI. CARGO PRIMERO

Dice que la sentencia impugnada violó por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 127, 249, 253 y 260 del mismo estatuto, y 1 del decreto 2027 de 1951.

Para demostrar el cargo dice el censor: que el tribunal interpreta erróneamente el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en esa norma se establecieron dos clases de viáticos: los permanentes y los accidentales, existiendo los últimos para requerimientos extraordinarios, no habituales o poco frecuentes, lo que los hace diferentes a los permanentes, en vista de que por ello no tienen incidencia salarial para liquidar prestaciones sociales, razón

por la cual se equivoca el ad quem al decir que para establecer si los viáticos tienen incidencia salarial, no importa determinar las labores del cargo del demandante o si los desplazamientos que este realizó fueron en cumplimiento de las mismas, como tampoco si tales viáticos eran permanentes o accidentales, pues con ello tal juzgador le hace decir a aquélla norma sustantiva lo que no dice; que no hay discusión en que los pagos hechos al demandante son viáticos, que lo que se debate es si son permanentes o accidentales, distinción que es necesaria para la correcta aplicación del artículo 130 ib.

Agrega que para la determinación de la naturaleza de los viáticos no interesa si hay orden del empleador, pues estos se presentan en el marco del contrato laboral; que olvidó el tribunal que el criterio medular es la distinción entre viáticos permanentes y accidentales, pues los últimos no tienen incidencia salarial, razón por la que es importante establecer las funciones del cargo, pues ellas dejan ver lo cotidiano, lo ordinario, en contraste con lo extraordinario; que el tribunal mal interpreta la jurisprudencia de la Corte a que se refiere, pues no se discute que el artículo 130 del CST se aplica a los trabajadores de **ECOPETROL S.A.**, pero ello no implica que todos los viáticos tengan incidencia salarial; que la cabal comprensión de esta norma por el tribunal exigía que se determinara si los viajes que debía hacer el trabajador eran por motivos ordinarios o extraordinarios de su labor, y si eran frecuentes o no, para lo cual debió acudir a la prueba (fls 40-43 cdno cas).

VII. LA RÉPLICA

El opositor enfrenta el cargo diciendo: que el tribunal si citó el artículo 130 del CST, para concluir que los viáticos si tienen incidencia salarial, por lo que el cargo no puede prosperar.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia del tribunal de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 129 del CST, lo que condujo a la infracción directa del artículo 128 de la misma normativa, y a la aplicación indebida del artículo 127 ib, en relación con los artículos 249, 253, y 260 del mismo Código Sustantivo del Trabajo, y 1 del Decreto 2027 de 1951.

Para fundamentar este ataque, el censor expone: que en la sentencia impugnada el Tribunal ignoró o se rebeló contra el artículo 128 del Código Sustantivo Laboral, que expresamente dispone lo que constituye salario; que hubo aquella infracción porque para darle incidencia salarial a la prima de alimentación, el segundo juzgador del conflicto jurídico aplicó indebidamente el artículo 127 del CST, porque ese auxilio sería salario si careciera de pacto entre las partes, pero en el caso no, pues hay aceptación del demandante en la aplicación del acuerdo 01 de 1977, por lo que al acudir el tribunal a la norma del salario en especie,

así no la haya nombrado, la interpretó erróneamente, pues debió tener en cuenta que ese precepto contiene la no incidencia salarial de los pactos entre empleador y trabajador.

También arguye el censor que si el tribunal no hubiera interpretado con error el artículo 129 del CST, se habría remitido al artículo 128 ib y no tendría que haber incurrido en la aplicación indebida del artículo 127 ib, pues la remisión del artículo 129 no era a ese artículo sino a los pagos que no constituyen salario.

Finalmente refiere la censura que sí tiene incidencia que el trabajador se haya acogido al acuerdo 01 de 1977, en perspectiva de lo que dispone el artículo 128 en comento, que le otorga importancia a lo que hayan pactado empleador y trabajador sobre el carácter no salarial de auxilios habituales u ocasionales (fls 43-44 cdno cas).

IX. LA RÉPLICA

Sostiene que el tribunal aplicó e interpretó correctamente las normas denunciadas, para determinar si los viáticos y la alimentación tenían incidencia salarial (fl 54 cdno cas).

X. CARGO TERCERO

Enfrenta la sentencia del tribunal diciendo que viola por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, los

artículos 128,129 y 316 del CST, en relación con el artículo 1 del Decreto 2027 de 1951, 127, 249 y 260 del mismo estatuto, y con los artículos 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, más los artículos 174, 175, 177, 187, 194, 198, 251, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Esta violación normativa y los errores que como evidentes aduce en el ataque, los atribuye el recurrente a que el tribunal apreció erróneamente los recibos de pago de folios 8 a 33 del expediente, más la liquidación de cesantías de folio 85 y los factores de liquidación visibles a folios 86 a 97. Además aduce que el ad quem no apreció el acuerdo 01 de 1977 de folios 113 a 132 y la reclamación de folios 68 a 71, que constituye confesión por apoderado.

Como errores de hecho evidentes que atribuye al tribunal, el cargo enlista los siguientes:

“ Dar por demostrado sin estarlo, que el valor pagado como beneficio de alimentación tenía incidencia salarial..”

“No dar por demostrado estándolo, que al a qui demandante se le aplicaba el acuerdo 01 de 1977 con base en el en el escrito de agotamiento de la vías gubernativa (..) , que constituye confesión de apoderado”

“No dar por demostrado estándolo que en el Acuerdo 01 de 1977 (...), estableció en su artículo 4.13.1 un auxilio de alimentación sin incidencia salarial.”

Como soporte de su acusación argumenta el recurrente que el demandante aceptó el Acuerdo 01 de 1977, que le resta incidencia salarial al auxilio por alimentación; que la empleadora liquidó correctamente las prestaciones sociales del demandante, incluida su pensión de jubilación, y que los errores de hecho a que alude son de bulto (fls 44-47 cdno cas).

XI. LA RÉPLICA

Aduce que el tribunal sí analizó todas las pruebas documentales del expediente; que el cargo presenta deficiencias técnicas, pues no explica cómo incidieron los errores de valoración de las pruebas en la sentencia del juez colegiado de segunda instancia, y que esta continúa incólume y goza de presunción de legalidad y acierto.

XII. CONSIDERACIONES

Abordada por la Corte en su literalidad, la sentencia de segunda instancia que la censura procura quebrar, encuentra que en punto del tema de los viáticos y su incidencia salarial, que el cargo controvierte, aquella providencia está cimentada en los siguientes argumentos esenciales: i) que el demandante generó viáticos con la inclusión de alimentación; ii) que los mismos tienen incidencia salarial, sin que para el caso sea trascendente que el trabajador se hubiese acogido al acuerdo No 01 de 1977, pues para resolver los derechos reclamados se debe

tener en cuenta el Código Sustantivo del Trabajo; iii) que para determinar la incidencia salarial de tales viáticos no se hace necesario determinar las funciones del demandante en el cargo que desempeñaba para la demandada, y tampoco si los mismos eran permanentes o accidentales, y iv) que en relación con la alimentación, no tiene razón la parte apelante cuando afirma que para aplicar el artículo 316 del Código Sustantivo del Trabajo, es necesario que el trabajador haya prestado servicios fuera de centros urbanos, pues el artículo 127 del mismo estatuto define qué es salario.

La censura, en contraste, argumenta que sí es importante distinguir entre viáticos permanentes y accidentales, así como saber las funciones del trabajador y si los desplazamientos que realizó fueron en cumplimiento de las mismas, máxime si se tiene presente que los últimos no tienen incidencia salarial. También expuso que la alimentación sería salario si no se hubiera pactado por las partes lo contrario en el acuerdo 01 de 1977, lo cual tiene mucha importancia al tenor de lo que dispone el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así, planteada la confrontación de legalidad que la acusación hace a la sentencia de segundo grado, encuentra la Corte que el tribunal sí incurrió en error al otorgar, por las razones que expuso, impacto salarial a los viáticos devengados por el demandante y al auxilio de alimentación que este también recibió.

Se dice lo anterior, toda vez que de ninguna manera se atiene a la literalidad del artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo, el aserto de dicho juzgador de que para dilucidar la incidencia remunerativa de los viáticos pagados por la demandada al accionante, no era menester establecer si los mismos eran permanentes o accidentales, pues vistos los numerales 1 y 3 de la norma sustantiva recién referida, deviene irrefutable que fue voluntad del legislador distinguir entre unos y otros, precisamente con la finalidad de otorgarles a los primeros la naturaleza salarial, y negársela a los segundos, cuestión que como se advierte no es de poca entidad en conflictos jurídicos como sobre el que se discierne, por lo que el caso concreto, en el tópicos que se examina, no podía resolverlo el juez de apelaciones, prescindiendo de esas categorías jurídicas, relativas a la habitualidad o no de los viáticos reconocidos al trabajador, circunstancia que de contera también hace ver equivocada la tesis de la sentencia de segundo grado, relativa a que tampoco importaba para resolver el caso las labores desempeñadas por el accionante, pues ese razonamiento desconoce que para el juez evaluar la permanencia o accidentalidad de los viáticos, debe echar mano de criterios como el funcional, que atañe con la labor o actividad que el servidor despliega en beneficio de su empleador.

Sin embargo, siendo errada como se ha explicado la argumentación del Tribunal en relación con los viáticos origen del conflicto jurídico entre las partes, no se casará la sentencia impugnada, en tanto la Corte en su función de ad quem, llegaría a la misma conclusión del juez de primer

grado, en el sentido de que los viáticos percibidos por el demandante, como Profesional Pleno de la demandada, con sede en Cúcuta, si fueron permanentes, como lo enseñan los documentos de folios 160 y 161 a 276 del expediente, que dan cuenta que el trabajador, por razón de sus funciones, debió desplazarse regularmente desde su sede a otras ciudades o lugares del país, para cumplir comisiones, incluso durante varios días, mensualmente o, incluso, varias veces dentro del mismo mes, entre los años 2004 y 2007, cuando dejó de laborar para la demandada.

Para la Corporación, esa frecuencia de las comisiones del accionante, que lo compelian a desplazarse en razón de sus funciones, desde su sede en Cúcuta a otros destinos del país, desquicia el carácter accidental de los viáticos en debate y los hace tener como permanentes, precipitando la incidencia salarial que les otorga el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, únicamente en la parte destinada a mantención y alojamiento del trabajador.

Ahora, en lo atinente con la decisión del tribunal de también otorgarle impacto salarial al auxilio de alimentación que la demandada reconocía al demandante, la equivocación que el impugnante enrostra a la sentencia es igualmente protuberante, pues asumiendo dicho juzgador, como lo hizo, que el trabajador era beneficiario del acuerdo 01 de 1977 (fls 17-18 cdno 2ª inst), al tenor del artículo 128 del Código Sustantivo del trabajo, regulatorio de los pagos que no constituyen salario, no podía desatender que ese auxilio carece en la demandada de

connotación salarial, por así disponerlo de manera expresa dicho instrumento, cuando en el acápite 4.13.1 (flo 130), dice sin espacio para la dubitación, que el auxilio en comento *“no tiene incidencia salarial”*

En el escenario expuesto, no podía el Tribunal ni rebelarse contra el claro contenido del acuerdo en comento en el punto que se estudia, ni mucha menos contra el claro sentido del artículo 128 idem, cuyo texto autoriza la desalarización de auxilios como el recibía el accionante por concepto de alimentación.

Adicionalmente, puntualiza la Sala al ad quem, que no podía resolver el caso con aplicación del artículo 316 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en el proceso no está demostrado que el accionante prestara sus servicios a la demandada en un lugar de exploración y explotación petrolera, presupuesto necesario para desatar los efectos de esa norma. En efecto, los documentos de folios 77-80 y 111-112, sólo acreditan que el trabajador prestó sus servicios a la demandada, como parte del personal directivo, en sus oficinas centrales en Cúcuta, pero ni ellos ni otra prueba demuestran que en esta ciudad, la empleadora realice las actividades a que hace referencia el precepto que se examina.

Así las cosas, los cargos prosperan, pero únicamente en cuanto critican el fallo de segundo grado por otorgar incidencia salarial al auxilio de alimentación que la demandada reconoció al demandante.

No se imponen costas en el recurso extraordinario, pues el recurso extraordinario salió avante.

Para mejor proveer, en sede de instancia, se solicitará a **ECOPETROL S.A.** que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, certifique al proceso acerca de lo siguiente:

1. El valor de los viáticos pagados al demandante entre los años 2004 y 2007, discriminando que parte de ellos estaban destinados a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento.
2. Los pagos que se efectuaron al trabajador por concepto de cesantías e intereses entre los años 2004 y 2007.
3. El valor de los pagos mensuales que por concepto de pensión de jubilación se le han hecho al demandante desde cuando le fue reconocida esa prestación, hasta la fecha.

IX. 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 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el dos (2) de marzo de 2009, en el proceso ordinario que instauró **MIGUEL ANTONIO GONZÁLEZ ARTEAGA** a la **EMPRESA**

COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A. – ECOPETROL S.A.-, únicamente en cuanto otorgó impacto salarial al auxilio de alimentación que la demandada reconoció al demandante.

Para mejor proveer, en sede de instancia, se solicita a **ECOPETROL S.A.** que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, certifique al proceso acerca de lo siguiente:

4. El valor de los viáticos pagados al demandante entre los años 2004 y 2007, discriminando que parte de ellos estaban destinados a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento.
5. Los pagos que se efectuaron al trabajador por concepto de cesantías e intereses entre los años 2004 y 2007.
6. El valor de los pagos mensuales que por concepto de pensión de jubilación se le han hecho al demandante desde cuando le fue reconocida esa prestación, hasta la fecha.

Sin costas en el recurso extraordinario.



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

Jorge Mauricio Burgos Ruiz
JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Fernando Castillo Cadena
FERNANDO CASTILLO CADENA

Clara Cecilia Dueñas Quevedo
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Rigoberto Echeverri Bueno
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO


Luis Gabriel Miranda Buelvas
LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Jorge Luis Quiroz Alemán
JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL
Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente Providencia.
Bogotá, D. C. 28 MAR 2017 Hora: 10:00 PM
Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto
Bogotá, D. C. 28 MAR 2017 10:00 AM
Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se desija edicto
Bogotá, D. C. 28 MAR 2017 5:00 PM
DINORA DURAN NORIEGA
SECRETARIA