



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL1952-2023

Radicación n.º 93607

Acta 28

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **YULI ANDREA BURBANO OSORIO** contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, en el proceso que adelantó contra **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SA.**

I. ANTECEDENTES

Yuli Andrea Burbano Osorio, llamó a juicio a Salud Total Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado SA (f.º3 a 16), para que se declarara que: existió un contrato de trabajo término indefinido desde el 3 de septiembre de 2013 y hasta el 19 de octubre de 2017, para el cargo de Médico UAB.

Consecuencialmente, pidió se ordenara a la EPS liquidar correctamente el auxilio de cesantía, sus intereses, primas de servicio, y vacaciones, debido a que «*los rubros destinados para el plan de beneficios no fueron tenidos en cuenta en la respectiva liquidación*»; además, solicitó condenarla al pago de las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, la indexación y las costas.

Como fundamento de las pretensiones, explicó que fue vinculada para prestar sus servicios como Médico UAB, en la sede de Girardot, desde el 2 de septiembre de 2013, mediante contrato laboral a término indefinido. Afirmó que el vínculo terminó el 19 de octubre de 2017, por despido sin justa causa, pues en un proceso disciplinario, se le endilgó que había contactado pacientes para citarlos más temprano o días previos a la programación de la cita, con el fin de «*poder retirarse de la unidad*».

Adujo que: el 2 de octubre de 2017 fue citada a descargos, audiencia que se llevó a cabo los días 4 y 19 siguientes, la encartada le notificó que, a partir de ese día, daba por terminado el contrato, aduciendo justa causa. Afirmó que las faltas endilgadas no quedaron comprobadas, y para rebatirlas aludió a dos declaraciones extrajuicio, con sustento en las cuales enunció que no contactó pacientes para adelantar citas.

Adujo que su salario en el 2013 fue de \$1.473.420, más \$982.280, derivada del plan de beneficios, que según Salud Total, no constituía salario, para un total de \$2.445.700. Dijo que en cada año se le aumentó el salario básico, tanto como el aludido plan de beneficios, y debido a esto, la asignación básica en el 2017, fue de \$2.025.400, y una suma de \$821.100, como «incentivo o subsidio de transporte y/o alimentación», que de acuerdo con Salud Total, no tenía carácter salarial, por lo que no lo tenía en cuenta para la liquidación de los derechos laborales.

Salud Total EPS SA (f.º116 a 138), se opuso a las pretensiones, excepto a la declaratoria del contrato de trabajo. De los hechos, aceptó: la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el cargo, la ciudad de prestación del servicio, las conductas endilgadas como sustento de la terminación, pero aclaró que esas no fueron las únicas que generaron censura.

En su defensa adujo que concedió «*beneficios no salariales*», los que no tenían por objeto la retribución directa de la trabajadora y fueron consecuencia de la suscripción de pactos de beneficios, bajo el amparo del artículo 128 del CST.

Propuso excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, de mérito, pago, compensación, prescripción y las que llamó: estructuración de la justa causa, cobro de lo no debido, y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, concluyó el trámite y emitió fallo el 15 de septiembre de 2020, en el que dispuso:

PRIMERO: CONDENAR a la empresa SALUD TOTAL EPS (...) a reliquidar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones que fueron reconocidos y pagados a la señora YULI ANDREA BURBANO OSORIO, desde el 1º de agosto de 2015 hasta el 19 de octubre de 2017, y cancelar a la trabajadora las diferencias que resulten de aplicar el monto total del salario devengado durante el referido periodo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa SALUD TOTAL EPS (...) a reliquidar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones efectuados a favor de la señora YULI ANDREA BURBANO OSORIO desde el 2 de septiembre de 2013 hasta el 19 de octubre de 2017, a través de la administradora a la que se encuentre actualmente afiliada, calculados con el valor total del salario, conforme lo expuesto con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la empresa SALUD TOTAL EPS (...) a pagar a la trabajadora YULI ANDREA BURBANO OSORIO la indemnización prevista por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a razón de un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017, calculado con la totalidad de los factores salariales devengados en el año 2015, y desde el 15 de febrero de 2017 hasta el 19 de octubre de 2017, calculado con la totalidad de los factores salariales devengados en el año 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la empresa SALUD TOTAL EPS (...) a pagar a la trabajadora YULI ANDREA BURBANO OSORIO la suma correspondiente a 92,6 días del último salario devengado por la demandante una vez reliquidado conforme lo dispuesto en esta sentencia por concepto de la indemnización por despido sin justa causa, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la empresa SALUD TOTAL EPS (...) a pagar a la trabajadora (...) un salario diario por cada día de retardo en el pago, desde el 20 de octubre de 2017, hasta el 20 de octubre de 2019, calculado con la totalidad de los factores salariales devengados en el año 2017, a título de indemnización

moratoria y a partir del 21 de octubre de 2019, los intereses moratorios calculados sobre las prestaciones sociales debidas hasta cuando el pago de las mismas se efectúe, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de COMPENSACIÓN, parcialmente probada la de PRESCRIPCIÓN, y no probadas las de ESTRUCTURACIÓN DE LA JUSTA CAUSA, COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO, BUENA FE DE LA DEMANDADA, formuladas por la empresa demandada (...).

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada (...).

Disconforme, la demandada apeló.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver el recurso, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, emitió fallo el 30 de julio de 2021, en el que decidió:

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2020¹ (sic), para en su lugar ABSOLVER a la demandada SALUD TOTAL EPS SA, de tales condenas, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás, la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Dijo que, de acuerdo con la impugnación, eran dos los temas a estudiar y definir: *«las condenas proferidas relacionadas con la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta el*

¹ Esta fecha corresponde a la del oficio remitido de envío al Tribunal (f.º326).

salario realmente devengado por la demandante»; y la indemnización por despido.

Sobre el primero aseveró que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido (f.º 17 a 25), con inicio el 2 de septiembre de 2013, y en la cláusula segunda, estipularon como salario la suma de \$1.473.420. Dijo que a folio 26, observaba un documento denominado otrosí al contrato de trabajo, en el cual acordaron incluir una cláusula con efectos a partir del 1 de marzo, en la que se leía:

CLÁUSULA ÚNICA: Las partes abajo firmantes, habiendo revisado el contenido del artículo 43 del CST (...) han acordado que para el año 2014 SALUD TOTAL incrementará en una suma equivalente a \$86.800 los beneficios no constitutivos de salario, en lo demás, el presente acuerdo no constituye una modificación a los acuerdos realizados con anterioridad sobre el plan de remuneración con beneficios, por lo cual las partes manifiestan continuar sujetos a los acuerdos de voluntades que se hayan llevado a cabo con anterioridad a dicho plan.

PARÁGRAFO: En observancia de lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, las partes acuerdan de manera expresa e irrevocable que la distribución del total de remuneración, en adelante será la correspondiente a la suma de \$1.525.500 constitutivo de salario, y \$1.017.000, no constitutivo de salario, respetando con esto la distribución y condiciones establecidas en el plan de remuneración por beneficios según los acuerdos de voluntades que para el efecto se mantienen vigentes en los términos expuestos en la presente cláusula, por lo que el trabajador autoriza desde ya al empleador para efectuar los ajustes que correspondan en aras de generar la distribución pactada, sin que en ningún caso ésta supere el límite de los dispuesto en el presente párrafo.

Anotó que, en el 2015 se suscribió otro sí, en el cual el valor del salario se pactó en la suma de \$1.578.900, y la parte no constitutiva de salario en \$1.052.600, (f.º28), con efectos

a partir del 1 de marzo de 2015; en 2016, se hizo una modificación a la cláusula segunda del contrato, y a título de incentivo o subsidio de transporte y/o alimentación, se pactó una suma de \$821.100, con la salvedad de que no constituía salario.

Enunció que a folio 30, aparecía que la EPS el 6 de octubre de 2017, certificó que el salario básico ascendía a \$2.025.400, y como remuneración a título de beneficio no constitutivo de salario \$821.100. Aseveró que en la demanda se solicitó la reliquidación de las prestaciones y se aludió a un plan de beneficios, aunque el plan no fue acreditado en el plenario, *«lo cierto es que, la parte actora sí reconoce que le eran pagados los conceptos que hacían parte de éste»*, aunque no lo acepta como un plan de beneficios.

Aludió al fallo CSJ SL986-2021, con soporte en la cual apoyó la validez de los acuerdos de exclusión salarial, y más adelante argumentó que, atendiendo el extracto jurisprudencial aludido, en este caso *«podría afirmarse que el texto que excluye la connotación salarial no es claro»*, pero *«la duda sobre los beneficios a los que hace referencia la cláusula, y las partes en el escrito de demanda y su contestación, encuentra la Sala que obedecen a los que eran destinados al Fondo de Pensiones Voluntarias por medio de la AFP Protección (...)*». Para apuntalar el anterior argumento, manifestó que lo acordado por las partes en lo referente a la exclusión salarial, *«se complementa con la información que aparece en todos los desprendibles de pago de nómina (f.º65 a 86 y 267 a 317)»*, por los motivos que pasó a explicar así:

En los desprendibles no se observa que se haya incluido conceptos a pagar distintos a los dirigidos al Fondo de Pensiones Voluntarias administrado por la AFP Protección SA., y que constantemente refieren al beneficio aporte voluntario empresa convenio, semestral, empresa, empresa y obligatoria, que sumados, eran deducidos del total devengado mensualmente, frente a lo cual la parte actora no alega que esos recursos no hayan tenido esa destinación, puesto que, lo que demanda es precisamente la connotación salarial de aquellos.

Conforme lo anterior, en este caso se logra probar que, los anteriores pagos no tenían la finalidad directa de retribuir el servicio de la trabajadora, y en aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad, lo que se evidencia del acervo probatorio en conjunto es que, por un lado, los aludidos beneficios se concretaron en los aportes a pensiones voluntarias a favor de la demandante, y por otro lado que nada impide que el empleador afilie al trabajador en un Fondo de Pensiones Voluntarias y consigne allí emolumentos, que en últimas tienen la connotación de una prestación social igual que los aportes obligatorios destinados a amparar el riesgos (sic) de vejez, invalidez o muerte del trabajador.

Para respaldar el carácter no salarial de los aportes voluntarios a pensión, copió un párrafo del fallo CSJ SL9058-2014, y aseveró que no todo pago que el trabajador reciba automáticamente tenga carácter salarial, pues debía analizar si la finalidad era retribuir directamente el servicio, lo que no había ocurrido en esta causa, unido a que esta Sala en fallo CSJ SL1399-2019, en caso similar al presente, enseñó que *«las sumas que percibió la parte actora a través de aportes voluntarios dentro de una política de estímulo al ahorro, no constituía salario al no retribuir el servicio»*.

Consecuentemente concluyó que los pagos que se efectuaron dentro del llamado plan de beneficios, no tenían naturaleza salarial, porque su finalidad no era retribuir el

servicio, sino que estaban dirigidos a los aportes voluntarios, y el hecho de que la asalariada pudiera disponer de ellos, no conducía a considerarlos salario, por ende, debía revocar de la sentencia de primer nivel, en lo atinente.

Procedió al análisis de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, cuya condena confirmó.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal, admitido por la Corte y sustentado en tiempo, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita la casación de la sentencia del *ad quem*, y en sede de instancia, se condene a lo solicitado en la demanda.

Posteriormente solicitó: *«De oficio, por ser de interés público, y conforme a la pretensión de condena extrapetita solicitada en la demanda, solicito se efectúe el cálculo actuarial de los aportes a pensión, teniendo en cuenta el valor total del salario base de liquidación que se debió tener en cuenta para efectuar los aportes»* y que se liquidara nuevamente el monto de la indemnización por despido injusto *«reconocida por el tribunal e incluya el factor salarial excluido»*.

Con el anterior objetivo, plantea dos cargos, que recibieron réplica y se estudian a continuación.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía indirecta acusa violación de los artículos 13, 14, 21, 43, 127, 128 y 143 del CST, 1 del Convenio 95 de la OIT, 1, 2, 13, 25, 29, 47, 48, 53, 93, 94 y 95 de la CN.

Como causa eficiente de la vulneración, enlista los siguientes errores:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que pagos denominados “beneficio aporte voluntario empresa convenio, semestral empresa obligatoria,” no constituían salario, porque esos pagos no tenían la finalidad directa de retribuir el servicio de la trabajadora.
2. No dar por demostrado, estándolo, que los pagos denominados “beneficio aporte voluntario empresa convenio, semestral, empresa obligatoria” constituían salario y, por lo tanto, se debían incluir en las liquidaciones de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, durante y a la finalización del contrato de trabajo.
3. Dar por demostrado sin estarlo, que entre las partes existió un pacto de exclusión salarial respecto de los pagos denominados como “*aportes voluntarios empresa convenio, semestral, empresa y obligatoria*”.
4. Dar por demostrado sin estarlo, que los pagos denominados “*aportes voluntarios empresa convenio, semestral, empresa y obligatoria*” corresponden a un plan de beneficio.
5. Dar por demostrado sin estarlo, que los aportes voluntarios realizados al Fondo de Pensiones Voluntarias administrado por la AFP Protección S.A. corresponden al plan de beneficio sujetos al pacto de exclusión salarial suscrito entre las partes.

6. Dar por demostrado sin estarlo, que el pacto de exclusión salarial inició el 30 de abril de 2014 con la firma del primer otrosí.

7. No dar por demostrado estándolo, que el único pacto de exclusión (sic) salarial que se firmó entre las partes se refería exclusivamente a *“incentivos o auxilio de transporte y/o alimentación extralegal”*, que se convino al momento de firmar el contrato de trabajo el 02 de septiembre de 2013. Dicho pacto está previsto en el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato.

8. No dar por demostrado estándolo, que el pacto de exclusión salarial que si se firmó es ambiguo, confuso, genérico, impreciso; no es detallado ni refleja la causa ni la finalidad de la exclusión salarial como lo exige la jurisprudencia.

Refiere que los yerros ocurrieron por falta de valoración del contrato de trabajo suscrito el 2 de septiembre de 2013, concretamente la cláusula segunda parágrafo primero; y por valoración errónea del otrosí firmado el 30 de abril de 2014, cláusula única del otrosí firmado el 1 de marzo de 2015 y cláusula única del otrosí firmado el 1 de mayo de 2016.

En el desarrollo expone que el Tribunal no valoró el contrato de trabajo, concretamente la cláusula segunda, parágrafo primero, suscrito el 2 de septiembre de 2013, y apreció incorrectamente la cláusula única de los otrosíes firmados en 2015 y 2016. Transcribe la cláusula segunda del aludido contrato de trabajo.

Copia los otrosíes a los que aludió desde el inicio del embate y sostiene que *«De haberse valorado la cláusula segunda parágrafo primero del contrato de trabajo y los otrosí en debida forma»*, la conclusión habría sido que *«no existe pacto de exclusión salarial sobre los denominados aportes*

voluntarios empresa convenio, semestral, empresa y obligatoria».

Asevera que si hubiera valorado el contrato y apreciado correctamente los otrosí, se habría percatado que el pacto de exclusión salarial correspondía exclusivamente a un *«incentivo o auxilio de transporte y/o alimentación extralegal»*, sumado a que *«en ninguno de los otrosí consagraron un pacto de exclusión salarial»*, ligado a que no estaba probada la existencia del referido plan de beneficios, los otrosí solo se firmaban para efectos de implementar los incrementos anuales, por eso es un error fundar la exclusión salarial en los otrosí.

Argumenta que *«el pacto de exclusión salarial, que realmente existió, corresponde específicamente a incentivo o auxilio de transporte y/o alimentación extralegal. No sobre los denominados aportes voluntarios»*, los cuales no son un incentivo; y subraya que el pacto de exclusión salarial tuvo su génesis el 2 de septiembre de 2013 con la firma del contrato, no el 30 de abril de 2014.

Alega que los otrosíes simplemente incrementaron la suma que se pagaba por *«aporte voluntario»*, que no fue excluida como factor salarial por carecer de pacto expreso, por eso *«lo único que se puede inferir razonablemente, es que se trataba de parte del salario pagado a través de un tercero con la finalidad inequívoca de ahorrar costos en la liquidación de las prestaciones sociales y los aportes de la seguridad social»*.

Invoca la sentencia CSJ SL1798-2018, con asidero en la cual alega que cuando se discute la naturaleza salarial de un pago, si la cláusula de exclusión no es expresa, clara, precisa, se debe resolver en favor de la regla general, es decir, que se trata de salario. Esgrime que, aunque el Tribunal afirmó que la regla de exclusión no era clara, sostuvo que se debía buscar la claridad del pacto de exclusión en otros medios de prueba, en lugar de haber acatado el precedente.

Manifiesta que nunca existió el plan de beneficios, de haber sido realidad, tendría que existir por escrito, y tampoco *«se demostró que la finalidad de los pagos que se efectuaban como aportes voluntarios iban dirigidos al Fondo de Pensiones Voluntarias (...) para financiar una pensión»*.

VII. RÉPLICA

Salud Total EPS SA, expone que, desde el punto de vista de la técnica de la casación, el cargo no es adecuado, porque acusa las pruebas como mal valoradas y al mismo tiempo como dejadas de apreciar; y no da ninguna explicación sobre los supuestos errores en que incurrió el *ad quem*, ni se aprecia algún dislate manifiesto.

En cuanto al fondo, explica que el atacante asevera que no hay pacto de exclusión salarial de los pagos hechos bajo el concepto de *«aportes voluntarios empresa convenio, semestral, empresa obligatoria»*, pero el memorialista no reparó en que esos pagos no requerían cláusula especial para ser excluidos de la condición de salario, dado que desde el

inicio se aclaró que constituían «*aportes voluntarios empresa convenio*», por lo que no constituían contraprestación directa del servicio.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa «*por error de derecho*», por infracción directa de los artículos 127 y 128 del CST y por «*falta de aplicación*», de los mismos preceptos.

Duplica los cánones atrás referidos, más adelante copia un segmento del fallo de esta Corporación «*con radicación 93607 del 01 de marzo del 2023*», y alega que para esta Sala, el criterio determinante para establecer la naturaleza salarial de un pago, es la retribución directa del servicio, por lo que, la facultad del artículo 128 del CST, de excluir un pago de su naturaleza salarial, no es absoluta y no puede corresponder a aquellos pagos que teniendo función retributiva del servicio pueda quitársele tal naturaleza por convenio entre las partes, por eso de haber tenido en cuenta esos preceptos, tendría que haber concluido que los pagos eran salario porque su finalidad era la retribución directa del servicio, tanto así que su monto era casi del 50%, del total, tenían un incremento anual y la trabajadora podía disponer de esos recursos.

IX. RÉPLICA

Sostiene que el planteamiento es defectuoso, porque habla de una «*infracción directa*», que al parecer es atinente a la vía directa, pero más adelante adujo un «*error de derecho*»,

que es propio del sendero indirecto. Argumenta que el colegiado de instancia no incurrió en falta de aplicación de los artículos que acusa, porque la decisión sí gira en torno esos preceptos.

X. CONSIDERACIONES

Como lo enuncia la opositora, los cargos tienen algunas falencias de técnica, pero atendiendo la flexibilización del rigor de la forma, en aras de lograr la efectivización de los derechos sociales, son superables, toda vez, que en los dos embates presenta una construcción argumentativa comprensible, orientada a socavar los soportes del fallo.

Desde la arista probatoria, la recurrente critica que el Tribunal haya encontrado que existió un pacto de desalarización contenido en el otrosí suscrito en el año 2014 (f.º26), cuando nada dice sobre ese punto, sino que su génesis se encontraba en el contrato de trabajo, en el que sí se contempló el pacto de desalarización, pero no se incluyeron los dineros que la encartada pagó y que en la nómina hizo figurar como aportes voluntarios a pensiones.

Para mejor comprensión de dicho razonamiento, es pertinente transcribir el contenido del aludido otrosí que sirvió de soporte al sentenciador de segundo nivel (f.º26), suscrito el 30 de abril de 2014:

CLÁUSULA ÚNICA: Las partes abajo firmantes, habiendo revisado el contenido del artículo 43 del CST y observando que el presente acuerdo está respetando los mínimos establecidos en la

legislación del trabajo, previo análisis que permitió tomar unas decisiones concertadas (...) por parte del trabajador y de SALUD TOTAL, conscientes de que el presente acuerdo está fundamentado en el artículo 128 del mismo código (...) han acordado que para el año 2014, SALUD TOTAL, incrementará en una suma equivalente a COHENTA Y SEISMIL OCHOCIENTOS PESOS M/C (\$86.800), los beneficios no constitutivos de salario para efecto de la liquidación de prestaciones sociales y otros derechos laborales a partir del mes de MARZO de 2014. Salvo en lo que respecta al objeto de la presente cláusula en punto del incremento de los beneficios no constitutivos de salario, en lo demás el presente acuerdo no constituye una modificación a los acuerdos realizados con anterioridad sobre plan de remuneración con beneficios, por lo cual las partes manifiestan continuar sujetos a los acuerdos de voluntades que se hayan llevado a cabo con anterioridad sobre dicho plan. (Subraya la Sala).

PARÁGRAFO: En observancia de lo establecido en el artículo 30 de la ley 1393 de 2010, las partes acuerdan de manera expresa e irrevocable que la distribución del total de remuneración, en adelante será la correspondiente a la suma de (...) \$1525500, constitutivo de salario y la suma de (...) \$101700, no constitutivo de salario, respetando con esto la distribución y condiciones establecidas en el plan de remuneración por beneficios según los acuerdo de voluntades que para el efecto se mantienen vigentes en los términos expuestos en la presente cláusula, por lo que el trabajador autoriza desde ya al empleador para efectuar los ajustes que correspondan en aras de generar la distribución pactada, sin que en ningún caso esta supere el límite dispuesto en el presente párrafo.

Como lo dice el recurrente, el yerro es mayúsculo, pues en el otrosí no consta cuál fue el pacto de desalarización, allí lo único que se hizo fue modificar la cuantía de los beneficios que previamente hubieran desalarizado. La estipulación de desalarización, se encuentra en el contrato de trabajo (f.º 17 a 25), en los siguientes términos:

SEGUNDA. REMUNERACIÓN: Por los servicios que preste EL TRABAJADOR a SALUD TOTAL, en desarrollo del presente

contrato, esta última le reconocerá y pagará un salario de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: SALUD TOTAL reconocerá y pagará a EL TRABAJADOR, a título de incentivo o auxilio de Transporte y/o alimentación extralegal, la suma de NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$982.280), en las fechas de corte dispuestas por SALUD TOTAL. Así mismo, se establece que dicha suma podrá ser pagada en bonos una vez SALUD TOTAL así lo defina. En concordancia con los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990, las partes acuerdan que el valor de los pagos previstos en esta cláusula, no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta dentro de la base de liquidación prestacional, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra erogación laboral a cargo de SALUD TOTAL y en favor de EL TRABAJADOR (...).

Lo descrito permite corroborar, que como lo menciona el recurrente, el acuerdo de desalarización quedó contenido en el contrato de trabajo, pero allí nada estipularon sobre un eventual pago de aportes voluntarios a pensiones, de tal rubro no hubo pronunciamiento, por eso con contundencia logra acreditar el primer yerro probatorio mayúsculo, en cuanto el colegiado halló en el otro sí un pacto de desalarización.

En armonía con lo precedente, en los otrosíes de los años 2015 (f.º28), y 2016 (f.º29), ninguna estipulación se consignó en torno a la desalarización de los beneficios por aportes voluntarios que mencionó el *ad quem*.

Como lo asevera el memorialista, desde la orilla jurídica, el Tribunal incurrió en otra equivocación, cuando reconoció que aunque el pacto de desalarización que creyó encontrar, no gozaba de claridad sobre los estipendios que contemplaba,

«encuentra la Sala que obedecen a los que eran destinados al Fondo de Pensiones voluntarias por medio de la AFP Protección, previa deducción en la nómina de la demandante, y dirigidos a esa entidad».

De manera ostensiblemente errada, no obstante que reconoció la oscuridad del aludido pacto de desalarización, el colegiado supuso que los pagos objeto de acuerdo eran aquellos que figuraban en la nómina como aportes voluntarios en pensión, con lo que desconoció que para dar efecto a lo contemplado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, esta Sala en fallos CSJ SL981-2021, enseñó:

- a) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.

(...)

- d) Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

No obstante que el colegiado de instancia aludió al referido precedente, no le hizo surtir efecto, supuso que la intención de las partes había sido desalarizar unos pagos que en la nómina aparecían como *«BEN. APORTE VOLUNTARIO*

CONVENIO (FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS PROTECCIÓN)», cuando en ningún pasaje del contrato, ni de los otros íes se contemplaba esa posibilidad. Así mismo, incurrió en otra trasgresión normativa, cuando adujo:

En los desprendibles no se observa que se haya incluido conceptos a pagar distintos a los dirigidos al Fondo de pensiones Voluntarias administrado por la AFP Protección SA., y que constantemente refieren al beneficio aporte voluntario empresa convenio, semestral, empresa y obligatoria, que sumados eran deducidos del total devengado mensualmente, frente a lo cual la parte actora no alega que esos recursos no hayan tenido esa destinación, puesto que, lo que demanda es precisamente la connotación salarial de aquellos.

Conforme lo anterior, en este caso se logra probar que, los anteriores pagos no tenían, la finalidad directa de retribuir el servicio de la trabajadora, y en aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad, lo que se evidencia del acervo probatorio en conjunto es que, por un lado, los aludidos beneficios se concretaron en los aportes a pensiones voluntarias a favor de la demandante, y por otro que nada impide que el empleador afilie al trabajador en un Fondo de pensiones Voluntarias y consigne allí emolumentos, que en últimas tienen la connotación de una prestación social igual que los aportes obligatorios destinados a amparar el riesgos (sic) de vejez, invalidez o muerte del trabajador.

A partir de lo precedente, se observa que para sostener la decisión, el *ad quem*, le dio prelación a la consagración que en los comprobantes de nómina hizo el empleador, donde anotó que los emolumentos adicionales al salario básico, correspondían a aportes voluntarios al sistema de seguridad social en pensiones, por ende, desconoció que esta Sala ha adoctrinado que «*las partes no tienen la competencia de cambiar la naturaleza salarial de un emolumento*» (CSJ SL3272-2018), por lo que no podía el simple rótulo que la

compañía incluyó en los comprobantes de nómina, conducir a desestimar el carácter salarial de esos pagos.

De igual manera, el sentenciador plural, con desconocimiento del recto entendimiento de los artículos 127 y 128 del CST, aludió que como eran aportes voluntarios a pensiones, de acuerdo con la referida nómina, *«la parte actora no alega que esos recursos no hayan tenido esa destinación»*, es decir, invirtió la carga de la prueba, cuando esta Sala ha adoctrinado entre muchos en fallo CSJ SL4866-2020, reiterado en CSJ SL1450-2023, que el *«binomio salario-prestación personal del servicio»* es el objeto principal de un contrato de trabajo *«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; de manera que contrario a lo que sostuvo el fallador colegiado, es el (...) empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa»*.

De lo que viene de verse, la censura logra derruir los pilares en los que reposaba la decisión de segundo grado, lo que conduce a la casación del fallo de segundo nivel en cuanto revocó los numerales primero, segundo, tercero y quinto del fallo del *a quo*, y consecuentemente, en cuanto se abstuvo de imponer costas en la alzada.

Sin costas en el trámite extraordinario, dada la

prosperidad del recurso.

XI. FALLO DE INSTANCIA

Para disponer la reliquidación solicitada, el *a quo* argumentó, que dentro de la nómina constaban algunos ítems, denominados beneficios, que se habían consolidado en aportes voluntarios a pensiones, que el empleador transfería cada mes a la AFP Protección, que la trabajadora podía retirar periódicamente, lo que implicaba un pago habitual, que remuneraba el servicio, y consideró que tenía carácter salarial, no solo por lo visto en los documentos, sino según lo descrito por los testigos Fidel Castro Rincón, Rocío Ramírez y Leidy Toledo.

Anotó que no encontraba prueba de la buena fe para haber evadido efectuar la liquidación y la consignación del auxilio de cesantía, con base en los valores correctos, lo que conllevó la imposición de las sanciones moratorias.

El apelante alega que, los «*beneficios*», no eran retributivos del servicio, porque como lo confesó la demandante, cuando hubo incapacidades su valor seguía invariable, al igual que en octubre de 2015, cuando se presentó una licencia de maternidad, sumado a que el elemento de la periodicidad que halló el juez de primer nivel, no era relevante para conceder el carácter salarial de los mismos; enuncia que por tratarse de aportes voluntarios a pensiones, su finalidad era prestacional; alega que no se tuvo en cuenta adecuadamente la excepción de compensación y

que sí hubo buena fe de la encartada.

La Sala comienza por analizar el carácter salarial que el *a quo* otorgó a los aportes voluntarios al sistema de pensiones que realizó la llamada a juicio en favor de la trabajadora.

Encuentra la Sala que la prueba testimonial que analizó el juez, demuestra todo lo contrario a lo alegado por la empresa apelante, pues como lo narró Fidel Castro Rincón, que también laboró en Salud Total, de acuerdo con la política salarial de la entidad, la remuneración se fraccionaba, de tal manera que una parte se sufragaba directamente al trabajador y la otra, la compañía la transfería como aporte voluntario a pensiones, para que el trabajador lo retirara 5 días hábiles después; así mismo, expuso que el único requisito para su causación era estar trabajando con Salud Total.

La testigo Rocío Ramírez, quien laboró con la accionante en la misma empresa, corroboró lo expuesto por el anterior testigo, toda vez, que narró que de acuerdo con la política salarial de la institución, consignaban a los funcionarios una parte en Davivienda y otra en Protección SA, dependiendo del monto de la remuneración era la proporción (registro 1:39:00); enunció que en la entrevista les decían el salario, *«pero cuando uno iba a firmar se daba cuenta que una parte del salario iba a Davivienda y otra a protección»*, pero esta última suma la podía retirar 3 o 4 días hábiles después. Refirió que ese dinero que era consignado en la administradora de pensiones, se denominaba *«aporte*

voluntario», pero que «*no era muy voluntario*», pues no eran los trabajadores quienes decidían de cuánto iba a esa administradora, sino que en el contrato iban anexas «unas hojitas, unas tablas».

Así mismo se encuentra la declaración de Leidy Toledo, a la que el sentenciador de primer grado remitió sin mayor análisis, pero que una vez escuchada por la Sala, al igual que las anteriores, es relevante, toda vez, que laboraba como Líder de Planeación Financiera en Salud Total, conocía cómo se administraba la parte salarial y pudo describir elementos sobre la remuneración de la actora.

Aunque esta deponente insistió en que los dineros que se transferían como aportes voluntarios a Protección, eran «*beneficios*», describió que cada mes se realizaba este depósito para que el trabajador lo pudiera retirar (registro 1:58:20).

Al ser preguntada por el juez sobre la razón para administrar la remuneración de esa manera y por qué no se pagaba una sola suma a los trabajadores, explicó que «*financieramente es más beneficiosa esta forma de pago que si se reconociera normalmente*» (Registro 2:01:57).

El despacho le preguntó, sobre las condiciones a cumplir para que la remuneración se pagara como había descrito, y respondió que Gestión Humana le explicaba lo pertinente al trabajador, luego se vinculaban a Protección, e incluso, en un anexo podían indicar que no les hicieran la consignación total a Protección, sino que se realizara un pago

a terceros, por ejemplo, de la casa o el carro (Registro 2:02:47).

Al ser preguntada por el despacho, si alguien podía no acogerse al denominado beneficio, sino pedir que se efectuara un pago total del salario, manifestó que sí era posible.

De las declaraciones descritas, emerge con claridad que la demandada, sí tenía como política fraccionar la remuneración de los trabajadores, una parte a través de la entidad bancaria mediante consignación y la otra, como si fueran aportes voluntarios a pensiones, pero en realidad era parte de la remuneración del servicio prestado, por eso precisamente era posible, como lo describió la última declarante, que el trabajador pidiera que el dinero fuera destinado al pago de la vivienda o del vehículo, sumado a que también narró, como acaba de verse, que si no se acogía al «*plan de beneficios*», se efectuaba un pago total, sin ese fraccionamiento, por ende, no era un beneficio marginal, por mera liberalidad, sino el salario dividido en dos partes.

De lo que viene de verse, la razón le asistió al fallador de primera instancia cuando aludió a estos testigos como soporte relevante de la condena. Además, el dicho de los declarantes se corrobora con la nómina de la accionante (f.º65 a 85 y 267 a 317), y con la respuesta que Protección SA, remitió, conforme a lo solicitado por el *a quo* en oficio 603, en donde consta que cada mes, desde 26 de septiembre de 2013, la empleadora realizaba una consignación mensual

al Fondo de Pensiones Voluntarias, y la trabajadora lo retiraba el mismo mes.

Si bien como lo dice la apelante, que cuando disfrutó de licencia de maternidad, o algunas incapacidades la demandante no veía disminuido el monto que la empresa le consignaba en el fondo de pensiones voluntarias, ello no conduce a derribar la tesis del fallador unipersonal, pues como se vio, de la prueba testimonial quedó claro que en el plano de la realidad lo que se estaba pagando era la contraprestación al servicio prestado, es decir, el salario.

De igual manera es atendible que así no prestara el servicio, por ejemplo, durante la licencia de maternidad, la compañía depositara el dinero, pues de lo contrario la trabajadora en ese periodo habría visto menguado su ingreso mensual.

Ahora bien, aunque el apoderado de la compañía demandada no fue claro en la sustentación de la excepción de compensación, debe decirse que el fallador de primer nivel, sí la tuvo en cuenta y la resolvió como se lee en el numeral SEXTO de la parte resolutive de su sentencia.

En lo que hace a las condenas por las sanciones moratorias, la jurisprudencia de esta Corte ha enseñado que no son de aplicación automática e inexorable, de cara al hecho objetivo de que el empleador al término del contrato de trabajo, deje de pagar salarios y prestaciones sociales adeudados o como en este evento, realice un pago deficitario,

de ahí que, para su imposición en el marco del proceso judicial, sea necesario que el empleador aporte razones serias y atendibles que justifiquen su conducta. Cumple recordar que es quien está obligado a la satisfacción de los derechos laborales, quien debe cumplir la carga de probar que obró acorde con el principio de buena fe, como lo asentara esta Sala en sentencia CSJ SL4311-2022 en la que rememoró la CSJ SL199-2021.

El apelante sostiene que la encausada actuó de buena fe, por lo que debe memorarse que, tal concepto equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el actuar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe «*quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud* (GJ, T. LXXXVIII, pág. 223 y CSJ SL, 18 jun. 2010, rad. 38278)».

En el *sub examine*, no se observa la buena fe que alega el apoderado de la convocada a juicio, porque como se infiere de lo descrito por los testigos, la empresa sí era consciente del fraccionamiento del pago salarial, sin embargo, mantuvo el tiempo ese procedimiento, con claro desmedro de los derechos sociales de la actora, sin que haya aducido y menos acreditado alguna razón plausible su actuación, e incluso, en el contrato de trabajo, como se analizó al examinar el recurso extraordinario, ni siquiera se pactó clara y expresamente la desalarización de ese pago, de modo tal que sirviera para fundar alguna duda razonable.

Aunque la parte actora recurrente en casación solicitó en el alcance de la impugnación, que en sede de instancia esta Corte, de manera oficiosa impartiera algunas condenas, se debe recordar que eso no es posible, toda vez, que se infringiría el derecho fundamental al debido proceso de la parte demandada, atendiendo que la promotora del juicio ni siquiera interpuso recurso de apelación.

De acuerdo con lo analizado, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas en la apelación a cargo de Salud Total Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado SA, apelante vencida, en favor de la actora.

XII. 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 dictada el 30 de julio de 2021, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **YULI ANDREA BURBANO OSORIO** contra **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SA.**, en cuanto revocó los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, DC, el 15 de septiembre de 2020, y en cuanto se abstuvo de condenar en costas de la alzada.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la sentencia emitida en el por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, DC, el 15 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Costas como se dijo.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ