



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3



DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

Magistrado ponente

SL4096-2019

Radicación n.º 64324

Acta 32

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **ECOPETROL S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 13 de agosto de 2013, en el proceso ordinario que instauró **MARINO GRISALES LÓPEZ** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Marino Grisales López llamó a juicio a la accionada para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, el cual finalizó por el reconocimiento de

la pensión de jubilación, por parte de la demandada; pidió la incidencia salarial de los siguientes conceptos: viáticos, alimentación, estímulo al ahorro, plan educacional y la doceava parte de las primas de servicio.

Como consecuencia de lo anterior requirió el reajuste de las prestaciones sociales, pensión de jubilación, de este último concepto su retroactivo; indemnización moratoria por el no pago de los rubros relacionados, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Formuló las pretensiones «CONDENATORIAS», que son idénticas a las relacionadas en precedencia pero cuantificadas, los «*viáticos directos y en especie*», permanentes y coherentes con las funciones que desempeñó, en la suma de \$23.450.800; el subsidio de alimentación por \$5.450.800, el salario cancelado cada quince días bajo la figura de estímulo al ahorro por \$15.310.420, el plan educacional \$6.780.000, las primas de servicios por \$980.000, al tratarse de la doceava parte; como reajuste salarial \$17.780.650 y el retroactivo pensional lo estableció en \$20.580.900.

La indemnización moratoria por el no pago de los salarios y las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, junto con la indexación y los intereses moratorios, a partir del momento en que se le reconoció la pensión de jubilación y hasta cuando se realice la correspondiente cancelación, la estimó en \$22.589.210.

Como fundamento de sus pedimentos, indicó que laboró para la demandada por un espacio superior a 20 años, bajo un contrato a término indefinido, que finalizó por el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de la empresa; que esta le proporcionaba para el desempeño de su labor viáticos «*permanentes y coherentes*» con las funciones ejercidas, a los cuales nunca se les otorgó incidencia salarial, al igual que el subsidio por alimentación.

Adujo que la sociedad demandada, le canceló cada 15 días, un salario bajo la figura de estímulo al ahorro, al cual tampoco le dio incidencia salarial; que lo presionó para que firmara una «*cláusula ineficaz de su contrato de trabajo*» para «*renunciar a un derecho irrenunciable*»; que presentó reclamación administrativa el 26 de noviembre de 2010 (f.º 69 a 80).

Ecopetrol S.A., al contestar se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió el contrato de trabajo, su duración; negó que los viáticos fueran permanentes; que el auxilio de alimentación, el estímulo al ahorro tuvieran incidencia salarial, sobre este último, agregó que el 16 de septiembre de 2008, se le restó dicha connotación, pues el demandante firmó una modificación al contrato de trabajo que no puede ser calificada como ineficaz.

Sobre el plan educacional, precisó que al ocupar un cargo directivo, se le otorgó una beca de conformidad con el Acuerdo 01 de 1977; agregó que el «*tratamiento tributario*» es diferente al laboral; en cuanto a la prima, precisó que esta es

una prestación social especial, tal como se preceptúa en el Código Sustantivo del Trabajo; indicó que los reajustes salariales no se han efectuado y, que presentó la reclamación administrativa.

Propuso las excepciones que denominó «*DE PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES APLICA A TODOS Y CADA UNO DE LOS CONCEPTOS RECLAMADOS POR TODOS LOS DEMANDANTES*», «*INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LO PACTADO POR LOS DEMANDANTES Y ECOPETROL S.A., FRENTE A LA INCIDENCIA SALARIA (sic) DE LA ALIMENTACION (salario en especie) VIATICOS (sic) Y DEMAS BENEFICIOS LEGALES Y EXTRALEGALES*», la de falta de competencia territorial, buena fe e inexistencia de la obligación reclamada (f.º 153 a 171).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en decisión del 26 de julio de 2012 (f.º CD 209 a 212) dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que la demandante (sic) MARINO GRISALES LOPEZ tiene derecho al reconocimiento de la incidencia salarial del estímulo al ahorro, que debe sumarse al 100% del salario básico que tenía el actor para noviembre 26 de 2007, ya que se declara la prosperidad parcial de la excepción de prescripción y también se reconoce la incidencia salarial conforme al pago de viáticos acreditados a partir de abril de 2008 conforme al artículo 127 del C.S.T., reajustando las prestaciones sociales a partir de noviembre 26 de 2007 por el estímulo al ahorro y por los viáticos a partir de abril de 2008 y la pensión de jubilación a partir de julio 30 de 2010, más la sanción moratoria conforme al artículo 65 del C.S.T. a partir de noviembre 26 de 2010 cuando se hizo la reclamación administrativa declarando no probadas las demás excepciones que ha propuesto la parte demandada.

[...]

TERCERO: CONDENAR en costas a la entidad demandada.

CUARTO: ABSOLVER a ECOPETROL S.A. de los demás cargos impetrados en la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cúcuta, al resolver la apelación de la pasiva, en fallo del 13 de agosto de 2013 (f.º 10 CD; 11 y 12 del Cdno del Tribunal), dispuso confirmar en su integridad el fallo y condenar en costas a la recurrente.

En primer lugar, aclaró que la decisión se centraba en las condenas impuestas por el *aquo*, con relación a la incidencia salarial del «estímulo al ahorro» y los «viáticos» devengados. Añadió:

Dentro de los argumentos esgrimidos por el a quo señaló que en lo referente a lo pactado por las partes sobre la incidencia no tendrían el carácter de salario estas transacciones, no pueden ser válidas por cuanto tenemos derechos mínimos que los consagra la misma ley y de acuerdo a lo que también ha sostenido la Sala Laboral del honorable Tribunal de Cúcuta, estas cláusulas resultan realmente eficaces, contrario a derechos adquiridos y ganados por un trabajador.

Resaltó la incidencia salarial del «estímulo al ahorro», que le reconocía la misma empresa a los trabajadores nuevos, en tanto se le negaba a los empleados cobijados por el régimen anterior a la Ley 50 de 1990, y consideró que con dicha diferenciación se daba un estímulo a los trabajadores no cubiertos por el régimen de cesantías anterior a la

mencionada preceptiva, y cuya pensión estaba a cargo de la empresa de lo que dedujo: *«se incurre en prácticas de discriminación en relación con el empleo y por ende, en una grave violación de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo»*.

Así mismo, estimó que dicha circunstancia traía consigo *«una vulneración a la movilidad del salario, a la igualdad y a la vida digna, derechos fundamentales, constitucionales, internacionales reconocidos por los tratados»*. Agregó:

En consecuencia, no se puede permitir al patrono, quienes cuidaban su libertad de convenir y contratar y disponer libremente de su patrimonio desconocer los principios y valores constitucionales, vulnerar los derechos mínimos del trabajador creando factor de discriminación, por tanto, mientras dichos factores objetivos de diferenciación entre trabajadores no se encuentren plenamente justificados, los beneficios otorgados deben ser iguales so pena de incurrir en violación del derecho a la igualdad.

En relación con los viáticos, se refirió a la sentencia CSJ SL 27 jul 2001, rad. 15568 y, señaló que el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por las partes, en la cláusula décima (f.º13 anverso), se pactó que en el caso de existir viáticos, estos se fijarían como salario sólo en un 80%, o sea, la parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento; indicó que a folios 51 a 53 aparecían los valores recibidos por el actor a título de *«comisión operativa»*; y, concluyó que debía tenerse como factor salarial el porcentaje indicado por dicho concepto por cada año de servicios.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Aspira que esta Corporación,

CASE la sentencia del Tribunal en cuanto confirmó las resoluciones de condena que el Juzgado le impuso a ECOPETROL S.A. y en favor del demandante señor MARINO GRISALES LOPEZ por la incidencia salarial del estímulo al ahorro y por la incidencia salarial de los viáticos sobre las prestaciones sociales y sobre la pensión de jubilación, así como por indemnización moratoria, para que, al actuar la Corte Suprema en sede de instancia, revoque las dichas condenas que impuso el Juzgado y en su lugar absuelva a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente proveerá sobre las costas de este recurso y por las de las instancias, como corresponda.

Con tal propósito formula cinco acusaciones, por la causal primera de casación laboral, que fueron replicadas. Por cuestiones de método, se analizan de manera conjunta los cargos primero y segundo.

VI. CARGO PRIMERO

Lo propone en los siguientes términos:

Denuncio la sentencia del Tribunal por haber violado directamente, por infracción directa, los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 61 y 145 del CPTSS.

Y la denunció porque la transgresión apuntada fue la consecuencia de la aplicación indebida directa de las normas contenidas en los artículos 10 del CST y 13 de la CP, 57-4 127, 128 y 129 del CST (subrogados por los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 50 de 1990), 306, 249, 259, 260, 467 y 470 (subrogado por el artículo 37 del Decreto 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo, 65 del CST (modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002), 14 del Decreto 2351 de 1965, 1 de la Ley 52 de 1975, 1 A del Decreto 1209 de 1994 (9 y 25 del estatuto), 29 del Decreto 062 de 1970, 1 del Decreto 2027 de 1951 y 279 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 13 y 53 de la CP y 143 del CST.

Luego de aludir a los fundamentos de la decisión, por la cual se avaló la condena por la reliquidación de las prestaciones y la pensión con inclusión del factor denominado «estímulo al ahorro», alega que el Tribunal, a pesar de no haber hecho mención alguna de las pruebas, aseguró que la empresa había transgredido el principio de igualdad, por haberle concedido incidencia prestacional al estímulo al ahorro «para unos trabajadores y para otros no».

Insiste que el colegiado «sin prueba alguna, asumió o dio por sentado, que Ecopetrol le reconoció a unos trabajadores la incidencia salarial del estímulo al ahorro sobre las prestaciones sociales y la pensión, pero a otros trabajadores no, y entre estos últimos al demandante» y,

De modo que, sin prueba alguna, el Tribunal asumió que la incidencia salarial del estímulo al ahorro sobre las prestaciones y sobre la pensión se aplicó a los trabajadores nuevos y no a los antiguos. Y asumió que Ecopetrol tuvo en cuenta el dicho estímulo como factor de salario para los trabajadores nuevos, mas no para los trabajadores antiguos. Y también asumió el Tribunal que Ecopetrol les dio mejores garantías a los trabajadores que no estaban sujetos en materia de cesantía a la Ley 50 de 1990 y que no recibían la pensión directamente de la empresa.

Y a pesar de eso, cuando el Tribunal manejó el tema con el que asumió que el estímulo al ahorro es salario, el Tribunal dio por sentado que el demandante recibió el estímulo al ahorro como

consecuencia directa de la prestación del servicio. Pero no hizo mención, el Tribunal, a una sola prueba de las que obran en el expediente

Arguye que con dicho proceder el juez plural infringió directamente los artículos 174 y 177 del CPC, el 61 del CPTSS y las normas denunciadas en la acusación relativas a *«prestaciones sociales y a pensión de jubilación, así como a indemnización moratoria, porque hubo violación de medio, ya que a ningún operador judicial le está dado decidir sin las pruebas regularmente solicitadas, decretadas y practicadas»*.

En adición, itera que el fallador admitió la incidencia salarial del estímulo al ahorro sobre las prestaciones sociales, sin *«que existiera prueba alguna de ellas»* y concluye: *«también por este otro aspecto el Tribunal violó por infracción directa los artículos 174 y 177 del CPC y por medio de esta transgresión violó las normas sustanciales en materia prestacional y en punto a indemnización moratoria»*.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la providencia de violar,

[...] por aplicación indebida el principio de igualdad que consagra el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 2 de la Ley 1496 de 2011) y los artículos 13 y 43 de la Constitución Nacional, en relación con los artículos 243 Superior, 33, 98 a 106 y 279 de la Ley 100 de 1993 y 3 de la Ley 797 de 2003.

Y por eso y de manera consecencial transgredió, también por aplicación indebida, las normas sustanciales contenidas en los artículos 57-4, 65 (modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002), 127 a 129 (subrogados por los artículos 14 a 16 de la Ley 50 de 1990), 249, 259, 260, 306, 467 y 470 (subrogado por el artículo 37 del Decreto 2351 de 1965) del Código Sustantivo del Trabajo, 1 de la Ley 52 de 1975, 14 del Decreto 2351 de 1965, 1 A del

Decreto 1209 de 1994 (9 y 25 del estatuto), 29 del Decreto 062 de 1970, 1 del Decreto 2027 de 1951 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Luego de hacer referencia a los considerandos del fallo, relativos a la incidencia salarial del «estímulo al ahorro», destaca que la Corte Constitucional,

[...] tiene definido el derecho a la igualdad: implica que las situaciones similares deben ser tratadas de la misma manera. Implica que las situaciones disímiles no requieren un trato igualitario.

Como el Tribunal asume que Ecopetrol les dio a los trabajadores antiguos un tratamiento discriminatorio, y lo hace «a priori», sin la cita de una sola prueba, cumple observar que su equivocación es jurídicamente equivocada.

(...)

Argumenta que en materia de cesantías y pensiones, fue la misma Ley 50 de 1990, la que estableció un trato diferenciado para los trabajadores de cierta antigüedad con relación a aquellos que no la tenían y, al efecto, dispuso en su artículo 98, que a los vinculados con anterioridad a la vigencia de dicha normatividad, se les seguiría aplicando el artículo 249 del CST. Además,

[...] basta leer los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 249 del CST para advertir la sustancial diferencia entre el régimen tradicional y el régimen especial de la Ley 50, porque el primero implica la aplicación de un mes de salario para cada año de servicios en orden a establecer el importe de la cesantía, mientras que en el régimen especial existe la congelación anual de la cesantía.

Luego si el empleador, dentro de una política de ingresos equitativa, conviene con los trabajadores incrementar los ingresos, sin que el convenio implique siquiera la prestación de un servicio adicional, solo procederá equitativamente agrupando a los trabajadores con regímenes de cesantía diferente.

Cita la sentencia CC T 969-2010 y afirma que,

De manera que al sostener aquí el Tribunal que la conformación de grupos atendiendo al factor régimen de cesantía aplicable (el tradicional o el especial de la Ley 50), fue él, el Tribunal, quien transgredió el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política. Además, todo el régimen sobre cesantía de la Ley 50 se informó en un fenómeno de tipo económico que justificó su existencia, aunque fuese menos favorable que el del régimen tradicional del Código. Y el juicio de constitucionalidad lo emitió la Corte Suprema de Justicia, como tribunal constitucional, mediante sentencia de 110 de 19 de septiembre de 1991, cuando juzgó exequibles los artículos 98 a 106 de la Ley 50 de 1990.

Asegura que en el mismo sentido se procedía en el caso del derecho a la pensión ya que,

Cumple observar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a los servidores de Ecopetrol y a los pensionados del régimen de la Ley 100 de 1993, y fue por ello por lo que ellos quedaron beneficiados con el régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, que en su artículo 260 establece el acceso a la pensión con una edad más favorable que la del régimen de la Ley 100 de 1993 y con una base salarial igualmente favorable, como que el IBL- es el 75% del salario devengado durante el último año de servicios, mientras que el régimen de la Ley 100 de 1993 (artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003) establece una edad superior para acceder a la pensión y una base salarial completamente diferente, incluso menos favorable que la que contemplaba el régimen del Seguro Social. Y como la dicha excepción perdió vigencia temporal con el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, fue a partir de entonces que los ingresos de los trabajadores de Ecopetrol quedaron en desigualdad.

Colige:

[...] tanto los cambios de régimen de cesantía y de pensión de jubilación crearon condiciones desiguales, y fue por ello que para implementar una política de ingresos equitativa, se conformaron los grupos que aglutinaran características legislativas similares en orden a que los ingresos de todos fuesen iguales.

VIII. RÉPLICA

Alega el opositor que no se violaron las normas señaladas en los cargos primero y segundo; que de acuerdo con la jurisprudencia constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que

recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa del servicio, sin importar la denominación dada al pago; que el Tribunal encontró que la suma que percibió a título de estímulo al ahorro, constituía salario; y, que según la misma jurisprudencia, cuando un pago que la ley no considera directamente salario, debe determinarse si el mismo reúne los elementos integrantes del artículo 127 del CST.

Afirma que para calificar si un pago constituye salario, es necesario revisar para qué fue creado, la razón de ser del beneficio, además que debe tenerse en cuenta el modo, la periodicidad y la regularidad del mismo, su finalidad y la forma cómo se concibió y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador; y, que en el presente caso, el estímulo al ahorro era salario, pues se trató de un beneficio que retribuyó directamente el servicio, no obstante que el pago del «*estímulo al ahorro*» fue consignado en una administradora de fondos de pensiones.

IX. CONSIDERACIONES

El fallador consideró que existía una diferenciación en cuanto a los pagos realizados por concepto de «*estímulo al ahorro*», ya que a los trabajadores con régimen retroactivo de cesantías no se les reconocía el carácter salarial de dichos devengos, en tanto a los cobijados por la Ley 50 de 1990 sí, lo que resultaba contrario a la ley y a los principios constitucionales. Así mismo razonó que era ajustado reconocer el 80% del valor de los viáticos certificados de folios

51 a 53, interpretación de conformidad con lo pactado en el contrato de trabajo.

La censura argumenta que la supuesta diferenciación expuesta en el fallo impugnado, y en la cual apoyó la condena, no tuvo asiento en las pruebas allegadas, como tampoco se constató el reconocimiento salarial del citado «*estímulo al ahorro*», a favor de los trabajadores bajo el amparo de la Ley 50 de 1990 ni que dicho pago fue una retribución directa del servicio. Argumenta, que la distinción entre trabajadores a quienes se les aplicaba la Ley 50 de 1990 y aquellos del régimen retroactivo de cesantías, se encontraba justificada.

En ese orden, el problema por resolver consiste en dilucidar si el Tribunal se equivocó al concluir: *i)* que existía una distinción entre los trabajadores cubiertos por la Ley 50 de 1990 y aquellos que no le eran, a pesar de no invocarse prueba alguna; *ii)* que existió un acto discriminatorio al reconocerle carácter salarial al «*estímulo al ahorro*» devengado por los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990; *iii)* que el «*estímulo al ahorro*» constituía salario; y, *iv)* cuando razonó que ofrecer mejores condiciones a quienes estaban sometidos a la Ley 50 de 1990 o a quienes no contaban con régimen de transición pensional, constituía un trato discriminatorio, que violaba derechos fundamentales e incidía en las prestaciones sociales y en la pensión de jubilación.

Por la vía seleccionada en las acusaciones, no existe controversia en torno a que la prestación denominada «estímulo al ahorro» fue ofrecida por Ecopetrol al accionante, y que, a través de una adición al contrato de trabajo se pactó que dicho rubro no constituía salario.

En este orden, debe indicarse que los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, disponen que,

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

En punto al artículo 128 *ibídem*, esta Corporación ha adoctrinado que la libertad concedida a las partes para calificar qué es constitutivo de salario, no significa que estas puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal circunstancia, se pueden excluir al momento de liquidar

prestaciones, determinados rubros, siempre y cuando no se atente contra la remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad del trabajo.

En sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475, quedó establecido que,

En el segundo cargo, el argumento central del impugnante para atribuirle al Tribunal la equivocada hermenéutica de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, se hace descansar, exclusivamente, en la sentencia del 7 de febrero de 2006, radicado 25734.

La citada providencia en efecto se refiere a la hermenéutica de que han sido objeto los artículos 127 y 128 del C.S.T., sin embargo, bien se impone destacar que en dicha oportunidad, como en otras tantas, la Sala reiteró la doctrina que dejó sentada en la sentencia del 12 febrero de 2003, radicada bajo el número 5481, misma en la que el ad quem, en el presente caso, fundamentó su decisión.

Ciertamente, reza la sentencia impugnada:

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la facultad establecida en la Ley 50 de 1990 y que el demandado reclama desconocida por el a quo, no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen. Así, ha sostenido:

Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la 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 a 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.

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario

como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El Legislador puede entonces también -y es estrictamente lo que ha hecho- autorizar a las partes celebrantes un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo'. Sala de Casación Laboral, Rad. 5481., M.P. Hugo Suescun Pujois." (Resaltado propio del texto).

Para la Corte, la exégesis que en el presente caso hizo el Tribunal de la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia con radicado 5481 de 1992, citada implícitamente por el recurrente y múltiples veces, expresamente reiterada por esta Corporación, así como la que le imprimió a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo modificados en su orden por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, resulta razonable y ponderada.

Subraya la Sala

El precedente transcrito, las normas acusadas, y los hechos que no se controvierten dada la vía por la que se encauza el reproche, entre estos, la adición que se hizo al contrato de trabajo (f.º122) donde las partes acordaron que el «estímulo al ahorro» no tendría connotación salarial, el cual consistía en la entrega de un aporte voluntario a una Administradora de Pensiones cuyo monto era variable, de acuerdo con la Política de Compensación empresarial, se desprende que los contratantes tenían la posibilidad de pactar qué sumas extralegales no constituían factor salarial.

Esta Sala puede concluir que la prebenda tantas veces citada tenía una naturaleza distinta, pues respondía a un ahorro voluntario. De este modo, se puede colegir que el estímulo al ahorro no tuvo la finalidad de retribuir el servicio personal prestado por el demandante, a pesar de su habitualidad, cuestión que permite afirmar categóricamente que no puede ser calificado como salario.

Desde esta perspectiva, lo estipulado entre los litigantes es válido en la medida que no contraviene los derechos mínimos del trabajador ni tampoco se advierte una desmejora en sus condiciones laborales.

Así las cosas, la parte recurrente demostró la comisión del yerro jurídico que le señaló al Tribunal en la aplicación de las normas acusadas, de suerte que los cargos prosperan.

X. CARGO TERCERO

Es propuesto al siguiente tenor:

Denuncio la sentencia del Tribunal por haber violado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, 65, 127 a 129 (subrogados por los artículos 14 a 16 de la Ley 50 de 1990), 186, 249, 259, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 1 de la Ley 52 de 1975, en relación con los artículos 1 A del Decreto 1209 de 1994 (9 y 25 del estatuto), 29 del Decreto 062 de 1970, 1 del Decreto 2027 de 1951 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Afirma que el juez de apelaciones incurrió en los siguientes errores de hecho:

1. *No dio por demostrado, estándolo, que las partes pactaron la exclusión salarial de los viáticos.*
2. *Dio por demostrada, sin estarlo, la habitualidad de los viáticos.*

Que los yerros se habrían suscitado como consecuencia de la errada apreciación de los documentos de folios 51 a 53.

Cita la sentencia de esta Corporación con radicado «15568», sin detalles adicionales y una providencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en la que se descartó la habitualidad de los viáticos y observa:

1. *Que el Tribunal tomó apoyo en los documentos de folios 51 a 53 para decir que los viáticos fueron habituales.*
2. *Que los documentos citados son formatos de legalización de viajes.*
3. *Que los documentos citados, todos, en la cuarta columna, contienen una "N", que indica que los viáticos no tienen incidencia prestacional.*
4. *Que, como el trabajador, cuando fue tal, no cuestionó que los viáticos fueran excluidos del ingreso base de liquidación de prestaciones y de la pensión, con ello admitió que los viáticos no tuvieron naturaleza salarial.*

Alega que en los mencionados documentos, quedaba demostrado que los contratantes pactaron que los viáticos no tuvieran incidencia salarial y, que era evidente que el Tribunal erró al no ver en estos, el acuerdo de las partes que le negó la incidencia salarial a los viáticos por los viajes que realizó el demandante.

Afirma que de las mismas probanzas no se infería la habitualidad que el fallador tuvo por demostrada y que de las mismas se deducía que el accionante recibió viáticos así:

- *Durante el año 2007 devengó viáticos en 33 días, es decir, el 9% del período anual de 365 días.*
- *Durante el año 2008 por 116 días, es decir, el 32% del año.*
- *Durante el año 2009 por 88 días, es decir, el 24% del año.*
- *Durante el año 2010 por 57 días, es decir, 15% del año.*

Concluye que no hubo habitualidad,

Luego es evidente que no hubo habitualidad y que las comisiones fueron ocasionales, de modo que también por este aspecto hubo error manifiesto y por eso el Tribunal violó la ley sustancial laboral al ordenar el reajuste de las prestaciones y el de la pensión de jubilación, pues de no haber incurrido en los errores de hecho habría revocado la resolución condenatoria que en esa materia emitió el juzgado del conocimiento

XI. RÉPLICA

Luego de transcribir el artículo 130 del CST, asegura que los viáticos son aquellos que se otorgan al trabajador para su manutención y alojamiento, siempre que por requerimiento del empleador, ordinaria y habitualmente deba desplazarse de su sede de trabajo hacia otras diferentes, en cuyo caso tendrían incidencia salarial y refiere a propósito la decisión CSJ SL 30 sept. 2008, rad. 33156.

Menciona que en la cláusula décima del contrato de trabajo las partes estipularon que pagos no se consideraban salario, indicándose además que «*si hubiere lugar a viáticos, estos se estimarán como salario sólo en un 80% o sea en la parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento*» (f.º3 anverso) y que la cláusula décima del mismo instrumento establecía que no se trataba de todo tipo de

viáticos, sino de aquellos que por mandato de lo previsto en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de ley 50 de 1990, tenían naturaleza salarial.

Argumenta que el Tribunal se remitió al artículo 130 del CST y basado en las pruebas allegadas oportunamente, demostró que no existía pacto de exclusión salarial de los viáticos generados por el demandante y «*en su buen juicio*» estableció que aquellos se causaron de manera permanente, teniendo plena incidencia salarial en la liquidación de las prestaciones sociales y de la pensión de jubilación.

XII. CONSIDERACIONES

El Colegiado resaltó, que las partes acordaron que el 80% del valor devengado por concepto de viáticos sería salario y que lo recibido por dicho concepto constaba a folios 51 a 53 del plenario.

Se manifiesta por la censura, que de dichas probanzas era posible inferir que los viáticos no eran permanentes.

La jurisprudencia de esta Corporación, se ha decantado en el sentido que los acuerdos entre las partes no pueden desconocer las disposiciones legales que en materia de viáticos les asigna el carácter salarial a aquel componente destinado a alojamiento y alimentación, en la medida que sean permanentes. Esta Corte precisó frente a unos supuestos fácticos similares a los que se estudian contra la

misma empresa, en la sentencia CSJ SL5621-2018, lo siguiente,

Conforme a lo expuesto, la decisión del tribunal no resulta equivocada porque a pesar de la insistencia del recurrente en procurar que se acuda al reglamento de viajes para funcionarios de la demandada, la realidad es que el empleador no puede desconocer a través del contrato de trabajo ni con documentos internos, lo que consagra la ley respecto a la incidencia salarial de los viáticos, razón por la cual cualquier asunto que resulte contrario a lo dispuesto en las normas sobre este asunto, se tiene como inexistente.

De manera que, es el carácter de permanente, lo que le otorga la connotación salarial a la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pues así, en forma clara se extrae del artículo 130 citado, cuando los diferencia de los accidentales, en cuyo caso no constituyen salario.

Ahora, en el presente asunto, de acuerdo con la relación de pagos que se le hizo al demandante que reposa en los folios 468 a 474 y, de lo que se lee que era la misión de su cargo de profesional especialista DHS- Unidad HSE- en el Fl.º442, esto es «Formular, desarrollar y coordinar, estrategias, planes y programas relativos a su especialidad, así como hacer seguimiento, evaluación y ajustes de los mismos en conjunto con las coordinaciones de HSE para estandarizar, implementar mejores prácticas y lograr optimización de los recursos asignados buscando contribuir a un desempeño ...» los desplazamientos que hizo con regularidad desde su sitio de trabajo a diferentes partes del país fueron en ejercicio de sus funciones como «soporte de HSE para el proyecto HDT en la GRB», entre julio de 2008 a diciembre de 2009 y junio de 2010 a cumplir, según se lee «comisiones operativas» menores de 30 días, y a partir de enero a mayo de 2010, a desempeñar «comisión mayor a 30 días», lo que representa el 17%, 37.1%, 25.8% y 45% del total de días en cada una de las anualidades citadas. Evidencia lo anterior sin discusión, que al menos en el último año de servicios -21 de julio de 2009 a 21 de julio de 2010, el demandante viaticó 219 días, que equivale al 60% de los 360 días del año, muestra indiscutible de la habitualidad de los referidos viáticos.

En un asunto contra la ahora demandada, en el que la Sala resolvió sobre la incidencia salarial de los viáticos, en sentencia SL4024-2017, Rad. 46224 de feb. 22 de 2017, dijo:

«Para la Corporación, esa frecuencia de las comisiones del accionante, que lo compelián 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 manutención y alojamiento del trabajador.»

Finalmente tampoco erró el tribunal en la valoración de la cláusula 10ª del contrato de trabajo, por cuanto de su tenor literal se deduce que de causarse viáticos, «el 80% correspondería a manutención y alojamiento», ítem que en virtud del ya mencionado artículo 130 del Código Sustantivo de Trabajo, tienen incidencia salarial.

Subraya la Sala

En ese orden, los viáticos son salario, en aquel componente destinado a manutención y alojamiento y cuando quiera que los mismos sean permanentes, *contrario sensu*, los viáticos que se conceden de manera accidental o transitoria corresponden a la categoría de emolumentos necesarios para el cumplimiento de la labor, que no contribuyen a enriquecer el patrimonio de trabajador.

Al descender a los documentos adosados de folios 51 a 53, se observa que Marino Grisales López tuvo desplazamientos a diferentes lugares del país que en el año 2007 sumaron 36 días; 162 días en 2008; 91 en el 2009; y, 38 en 2010.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con el contrato de trabajo (f.º3), la sede de trabajo del peticionario fue el Terminal de Coveñas, la frecuencia de los desplazamientos que se infiere de los documentos analizados por el juzgador, no tuvo la entidad suficiente para calificarse como permanentes en la medida que de 1260 días comprendidos en los reportes referidos, los 327 que sumaron los desplazamientos solo equivale al 25.95% del tiempo,

circunstancia que deja claro que los traslados, si bien fueron frecuentes, no fueron permanentes.

De modo similar se razonó en la providencia CSJ SL 10 nov. 2004, rad. 23127 en la que se debatía un caso de contornos idénticos contra la misma accionada:

Por su parte, la cláusula décima, se ocupa de señalar los pagos no constitutivos de salario y finalmente indica que “..Si hubiere lugar a viáticos, estos se estimarán como salario sólo en un 80% o sea en la parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento..” (folio 90 vuelto). Al respecto cabe decir que en el contexto de esa estipulación bien puede estimarse que no se trata de todo tipo de viáticos, sino de aquellos que por disposición legal tienen naturaleza salarial, esto es, los permanentes, que excluyen los accidentales o transitorios, como son los definidos en este evento.

Subraya la Sala

De tal manera que el fallador, en el presente asunto, se limitó a constatar que existieron viáticos, inferencia que obtuvo de la mirada a los reportes de la empresa (fs.º51 a 53) pero no advirtió de los mismos, que los viáticos eran ocasionales lo que impedía que se configurara el carácter salarial de los mismos.

En ese sentido, la decisión que confirmó la condena al reconocimiento del carácter salarial de los viáticos percibidos, debe ser casada. La Sala se releva del estudio de los cargos cuarto y quinto.

Sin costas por la prosperidad del recurso.

XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

Las razones expuestas en casación, son suficientes para concluir que no hay lugar al reconocimiento de la incidencia salarial del «*estímulo al ahorro*» y los «*viáticos*», razón por la cual las condenas en tal sentido, libradas por el juez unipersonal deben ser revocadas.

Ahora bien, la indemnización moratoria, prevista en el artículo 65 del CST, es consecuencia del incumplimiento del empleador de alguna de las obligaciones que por ley corresponde con respecto al pago de salarios y prestaciones.

En el presente caso, dicho concepto se derivaba del incumplimiento de la Empresa reflejado en la no inclusión como factor salarial de dichos emolumentos, solución que de acuerdo a lo considerado se revoca, ya que por su carácter accesorio se extingue al desaparecer la obligación en que se soportaba.

Costas en las instancias a cargo del demandante.

XIV. 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 13 de agosto de 2013, por la Sala Laboral del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso que instauró **MARINO GRISALES LÓPEZ** contra **ECOPETROL S.A.**

En sede de instancia se **RESUELVE**,

REVOCAR la sentencia de primer grado, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 26 de julio de 2012 y, en su lugar **ABSOLVER** a la accionada de todas las súplicas.

Costas como se indicó.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ