

Honorables magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (reparto)

E. S. D.

Asunto.: Acción de tutela contra la Sala Laboral de descongestión de la Corte Suprema de Justicia

MANUEL LAUREANO NUÑEZ ISAZA, mayor de edad y vecino del municipio de Floridablanca (Sder), identificado con C.C. No. 9.519.714, presento ACCIÓN DE TUTELA contra la Sala de Casación Laboral, Sala de descongestión de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los magistrados: DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, MARTIN EMILIO BELTRAN QUINTERO Y OLGA YINETH MERCHAN CALDERON, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia por la vulneración de mis derechos fundamentales a la ADMINISTRACION DE JUSTICIA, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, AL DEBIDO PROCESO, A LA ESTABILIDAD JURIDICA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL al proferir la sentencia SL 2163-2021 Radicación n.º 70012 Acta 17 de Bogotá, D. C., el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021) en Bogotá. Pido se vincule a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS, ECOPETROL S.A., representada Legalmente por el señor FELIPE BAYON PARDO, o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente tutela. Lo anterior fundamentado en lo siguiente.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS.

La autoridad accionada incurrió en violación de los derechos fundamentales

Derecho fundamental al ADMINISTRACION DE JUSTICIA, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, AL DEBIDO PROCESO, A LA SEGURIDAD JURIDICA, A LA SEGURIDAD SOCIAL, y principios fundantes a la igualdad y confianza legítima, al faltar flagrantemente al principio de congruencia y debido proceso, ya que su sentencia trata sobre un tema totalmente diferente al que fue el motivo de mi demanda original relacionada con **la naturaleza salarial de un pago denominado “estímulo al ahorro”**. La Sala avoca el análisis de su sentencia sobre un tema diferente relacionado con el **trato igualitario**.

Al cambiar el tema motivo de mi demanda original la Sala concluye que fui tratado en igualdad de condiciones a otros compañeros de trabajo dejando de lado el análisis de la naturaleza salarial del “estímulo al ahorro” a los ojos de los Artículos 127 y 128 del CST y del Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT, que era lo que se estaba reclamando.

Porque no se tuvo en cuenta el concepto de la Comisión de Expertos de la OIT sobre el caso específico del “estímulo al ahorro” implementado por Ecopetrol.

2. LO QUE SE PRETENDE:

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

Se me tutelen los derechos fundamentales al ADMINISTRACION DE JUSTICIA, A LA IGUALDAD ANTE LA LEY, AL DEBIDO PROCESO, A LA ESTABILIDAD JURIDICA y a la SEGURIDAD SOCIAL, dejando sin efecto la sentencia de la Sala de casación debido a que su sentencia se basa en el análisis de un tema diferente al que había sido el objeto de mi demanda inicial.

Mi demanda inicial se fundamenta en que parte del pago de mi salario denominada **“estímulo al ahorro”** no es reconocida como salario por Ecopetrol, razón por la cual en mi demanda reclamo que la naturaleza del **“estímulo al ahorro”** es salario a la luz de los de los artículos 127 y 128 del CST y de la definición de salario dada en el Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT sobre la cual la Sala Plena de esta Corte Constitucional ha reiterado que esa definición es vinculante.

Por el contrario, en su sentencia, la Sala hace un análisis sobre un tema diferente relacionado con el trato igualitario que teníamos quienes recibíamos el llamado **“estímulo al ahorro”**, con respecto a otros trabajadores de la empresa, llegando a la conclusión de que éramos tratados igualitariamente y por tanto casa a favor de Ecopetrol sin tener en cuenta que la demanda original no se refería al trato igualitario sino a la determinación de la naturaleza salarial del “estímulo al ahorro” a la luz de nuestra constitución y de los convenios firmados por nuestro gobierno con la OIT, sobre lo que se fundamentó mi demanda y las sentencias de Primera y Segunda instancia pero que fueron ignorados por la Sala de casación.

En efecto en el texto de la demanda y en las sentencias de Primera y Segunda instancia se discutió centralmente la naturaleza del estímulo al ahorro a la luz de los Artículos 127 y 128 del CST y del Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT concluyéndose que el **“estímulo al ahorro”** es salario, tanto en Primera y Segunda instancia como en la interpretación dada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ya que por afectar a todos los trabajadores colombianos, las tres principales centrales de trabajadores de

Colombia (CTC, CGT y CUT) presentaron una Reclamación ante la OIT sobre este caso, que fue estudiada por la Comisión de Expertos y cuyo pronunciamiento fue adjuntado al proceso mediante una coadyuvancia por parte de las Centrales de Trabajadores.

3. HECHOS

1. Mi nombre es Manuel Laureano Segundo Núñez soy ingeniero químico (PhD). Ingresé como ingeniero a Ecopetrol el 20 de noviembre de 1989 y me pensione el 30 de junio de 2010.
2. En Junio 24 del 2008, por concursos recibí reclasificación con incremento de responsabilidades, en donde el aumento salarial para el nuevo cargo se denominaba **“estímulo al ahorro”**. Para acceder al nuevo cargo era obligatorio firmar la carta de aceptación en donde se incluía una cláusula que afirmaba que el **“estímulo al ahorro”** no constituía salario. (adjunto carta de aumento).
3. En el año 2011 presenté demanda contra Ecopetrol por considerar que el pago realizado por mi empleadora, denominado **“estímulo al ahorro”** era constitutivo de salario a la luz de los artículos 127 y 128 del CST y de la definición de salario dada en el Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT sobre la cual la Sala Plena de esta Corte Constitucional ha reiterado que esa definición es vinculante.
4. Lo narrado en el hecho precedente, se puede verificar en la misma sentencia aquí debatida, en la cual, en la sección de ANTECEDENTES (página 5) indica: *“Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes (...), Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza (...), llamaron a juicio a Ecopetrol S. A., con el fin de que se declare que el estímulo al ahorro es constitutivo de salario. En consecuencia, se ordene la reliquidación de las primas, las vacaciones, la bonificación, el quinquenio y la pensión de jubilación; indemnización prevista en el artículo 65 del CST” (...)* (negrillas y subrayas propias para resaltar las frases que evidencian la inconsistencia a lo largo de todo el texto, para mayor claridad).
5. En la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante fallo del 11 de septiembre de 2013 me reconoce el derecho, al resolver: *“TERCERO: CONDENAR a la empresa demandada a reconocer y pagar a los demandantes, dentro de los cinco*

días siguientes de la ejecutoria de la presente providencia, **la incidencia salarial que de lo pagado por concepto de estímulo de ahorro** ha de tener en los derechos legales y extralegales” (Sentencia de casación, página 10).

6. Así mismo, en fallo proferido en SEGUNDA INSTANCIA, La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, al desatar el recurso de apelación interpuesto por Ecopetrol, mediante fallo del 5 de septiembre de 2014 “se confirma la sentencia impugnada en lo que atañe a **la incidencia salarial del estímulo al ahorro** a favor de cada uno de los demandantes y las condenas derivadas de dicha incidencia salarial” (Sentencia de casación, página 11).
7. Inconforme con la decisión, la empresa demandada, presenta recurso extraordinario de casación, ingresando el 5 de Febrero de 2015 al despacho de la corte suprema de justicia sala laboral.
8. El 10 den Agosto de 2018 las Centrales de Trabajadores de Colombia (CGT, CTC y CUT) presentaron al proceso un documento de coadyuvancia en donde expresan su preocupación por el impacto que tiene sobre la estabilidad jurídica de la legislación laboral la implementación del “**estímulo al ahorro**” sin reconocer su naturaleza salarial e informaron que habían presentado y que había sido admitida, una queja ante la OIT sobre este asunto específico, para tener el concepto de la Comisión de Expertos sobre interpretación de normas de la OIT sobre este caso particular.
9. El 13 de Marzo de 2020 las centrales obreras presentan un nuevo documento de coadyuvancia en donde se presenta el resultado de esta solicitud es decir la Interpretación que tiene la Comisión de Expertos de la OIT sobre el “**estímulo al ahorro**” a la luz del Artículo 1 del Convenio 95, en donde se define lo que es salario, y refiriéndose concretamente al “**estímulo al ahorro**” la Comisión de Expertos establece que: “En estas condiciones, la Comisión considera que los aportes regulares efectuados por los empleadores a los fondos de pensión voluntarios de los trabajadores, denominados «estímulos al ahorro», deben gozar de las protecciones proporcionadas por el Convenio”.
10. El 19 de Mayo de 2021 en Sala de Casación de la Corte Suprema, con ponencia de la doctora DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, decide el recurso de casación interpuesto por Ecopetrol, según radicación No 70012.

11. En dicha sentencia la Sala no advierte en absoluto el pronunciamiento de la Comisión de Expertos de la OIT, aportado el 13 de Marzo de 2020, y solo se refiere al documento en donde se anuncia que la queja fue admitida por la OIT indicando que **la Sala se abstiene de efectuar pronunciamiento** echando totalmente de menos el pronunciamiento realizado por la Comisión de Expertos de la OIT con respecto al “estímulo al ahorro” implementado por Ecopetrol en donde la Comisión de Expertos deja claro que el “***estímulo al ahorro***” debe gozar de las protecciones proporcionadas por el Convenio 95 sobre protección del salario.
12. En su sentencia la Sala acepta la argumentación de Ecopetrol alrededor del **principio de igualdad y trato discriminatorio** sin tener en cuenta que mi demanda original reclamaba el reconocimiento del “***estímulo al ahorro***” como salario y no a las consideraciones del órgano de cierre que fundaron su decisión, aunado a que no vincularon el concepto de la comisión de expertos de la OIT sobre el “***estímulo al ahorro***” a la luz del Convenio 95 de la OIT que la Corte ha determinado es vinculante y forma parte de nuestro bloque constitucional.

4. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – INCROGUENCIA DE ARGUMENTOS

Una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales es el defecto sustantivo, que esta Corporación ha caracterizado, en términos generales, como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial que tiene origen en el proceso de interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas aplicables al caso sometido al conocimiento del juez.

La demanda original y los fallos de Primera y Segunda instancia se centran en la determinación de la **naturaleza salarial del estímulo al ahorro**, es decir, en determinar si el “***estímulo al ahorro***” es o no es salario a la luz de los artículos 127 y 128 del CST y del Artículo 1 del convenio 95 de la OIT; sin embargo, la demanda de casación se centra en la determinación de la **aplicación indebida del principio**

de igualdad, con lo cual se puede concluir que se pierde el hilo conductor del proceso y se termina discutiendo dos cosas totalmente diferentes.

No es esperable que en casación se cambie totalmente el tema en discusión que ha sido analizado en detalle en Primera y Segunda instancia. Al hacerlo la Sala cambia totalmente el escenario de la discusión creándose una incongruencia entre el proceso adelantado en Primera y Segunda instancia y la discusión que se analiza en casación, con lo cual se hace referencia a Artículos diferentes de nuestra legislación y las pruebas también son diferentes.

En su demanda de casación Ecopetrol acusa al Tribunal de la violación de la ley, por la **aplicación indebida del principio de igualdad** previsto en el «artículo 10 del Código Sustantivo de Trabajo (modificado por el artículo 2 de la Ley 1496 de 2011) y los artículos 13 y 43 de la Constitución e Indica que **“el tema de fondo que planteó la sentencia es el trato discriminatorio**, *contrario al orden constitucional y al principio de igualdad, de lo cual el ad quem derivó que el acuerdo del estímulo al ahorro resultaba ineficaz y, por ende, debía considerarse como salario con su incidencia en las prestaciones y la pensión*”.(SECCION VI, página 16 de la Sentencia de casación).

Esta argumentación no es cierta porque lo que está en discusión **no es el principio de igualdad** en estos términos, sino la **naturaleza del “estímulo al ahorro”** a la luz de los Artículos 127 y 128 del CST y de la definición de salario dada por el Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT.

Esto se puede verificar en la misma sentencia en la sección de ANTECEDENTES (página 5), en donde se lee: *“Nelson Avila Rodríguez (...) Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza llamaron a juicio a Ecopetrol S. A., con el fin de que se declare que **el estímulo al ahorro es constitutivo de salario**”, es decir se reclama que se reconozca la naturaleza salarial del “estímulo al ahorro”, no se está reclamando la aplicación del principio de igualdad.*

Es importante que esto quede claro, es decir, que el objeto de mi demanda original, junto con otros afectados, buscaba que se reconociera la naturaleza de este pago, la retribución que tuvo para nuestro servicio y su naturaleza salarial, lo que se esperaba no fuera cambiado en casación, menos aun aplicando criterios sobre principios no discutidos en sedes de instancia.

En la página 19 de la sentencia de casación, SECCION VII. REPLICA, se confirma: *“Nelson Ávila Rodríguez, Jesús Emilio Olaya Benítez, Claudia Patricia Soto Tavera, Carlos Fernando Rueda Silva, Vicente Gómez Ramírez y Manuel*

Laureano Segundo Núñez Isaza presentaron oposición al cargo al estimar que las normas indicadas en la proposición jurídica no fueron vulneradas. **Destacan que el estímulo al ahorro, según la jurisprudencia de la Sala, cumple con las condiciones para ser considerado salario**, pues era habitual, no era de entrega gratuita o libre y acrecentaba los ingresos del trabajador. Agregan que la censura al cuestionar que el Tribunal concluyó la existencia de un tratamiento discriminatorio sin fundamento en las pruebas, lo que en verdad está criticando es una omisión en la valoración probatoria”.

En la Sección VIII de la sentencia de casación, CONSIDERACIONES (en la página 20) la Sala continúa con su análisis sobre la igualdad y el trato discriminatorio y se orienta a determinar si el tribunal se equivocó al concluir que la demandada dio un trato discriminatorio a los trabajadores, dejando de lado que lo que se debe determinar es si el **“estímulo al ahorro”** es o no es salario.

“La Sala destaca que el cargo no adolece de los defectos de técnica que se le endilgan, porque pese a que no aludió expresamente la vía escogida, dado que su ataque es eminentemente jurídico, es claro que corresponde a la senda directa. Además, no es acertado indicar que mezcla aspectos fácticos y jurídicos, pues lo que se cuestiona es que el juez de alzada arribara a una conclusión sin previamente analizar las pruebas y, además, considerar que **no estaba justificado el trato distinto entre los trabajadores pese a la existencia de varios regímenes laborales**.”

“Acorde con los reparos expuestos por la censura, **la Corte debe determinar si el Tribunal se equivocó al concluir que la demandada dio un trato discriminatorio a los trabajadores** sin analizar la diferencia entre los diversos regímenes que cobijaban a los trabajadores y sin efectuar un análisis fáctico que le permitiera arribar a tal conclusión, y, así estimar que la existencia de varios regímenes no Radicación n.º 70012 SCLAJPT-10 V.00 21 justificaba dar un trato distinto a los actores frente a la naturaleza del estímulo al ahorro.”

Y continúa a lo largo del texto (en la página 24)

“De otra parte, tal y como esta colegiatura ya ha tenido oportunidad de precisarlo, **la igualdad que se predica de quienes dicen haber sido tratados discriminadamente, debe ser objetiva y no formal, lo que implica que se parte de la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales**, de ahí que es completamente válido dar un trato diferente si está debidamente justificado. **Con ese norte, no constituye un trato discriminatorio ni viola el derecho a la igualdad** que el estímulo al ahorro sí constituya salario para los trabajadores de Ecopetrol que se vincularon con posterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990 porque ellos tienen un régimen prestacional diferente Radicación n.º 70012 SCLAJPT-10 V.00 25 al personal antiguo y, por ende, resulta razonable que la empresa hubiera aplicado de forma diferente el pago del referido estímulo en la

medida que los trabajadores estaban regidos por distintos sistemas de remuneración de sus diferentes acreencias laborales”

En la página 26 se lee:

“Así, la Corte consideró que estaba debidamente soportado dar un trato diferente a los trabajadores respecto del carácter salarial o no del estímulo al ahorro, debido a los diversos regímenes de los trabajadores de Ecopetrol”.

En su sección de CONSIDERACIONES la Sala solo hace una breve referencia al tema de la naturaleza salarial del estímulo al ahorro. La Sala señala que: “Por demás, la Corte advierte que si bien es cierto que los acuerdos que celebren libremente las partes del contrato de trabajo **no pueden restarle naturaleza salarial** a lo que en realidad sí lo es, lo cierto es que el colegiado concluyó que **el estímulo al ahorro constituía salario**”, pero sin realizar un análisis jurídico ni fáctico, del cual se pudiera advertir los elementos característicos para determinar que la suma pagada tenía tal naturaleza”. (Página 27 de la Sentencia de casación).

La conclusión a la que llega el tribunal es la misma a la que llega la Comisión de Expertos de la OIT y sin embargo, la Sala afirma que el Tribunal no hizo un análisis jurídico ni fáctico, sin explicar el porqué de esta afirmación y sin tener en cuenta que la conclusión a la que llegó el tribunal es la misma a la que llegó la Comisión de Expertos de la OIT.

Siendo así, y continuando con la lectura del párrafo siguiente, la Sala de descongestión laboral sin más discusión ni análisis, procede a dar su sentencia en los siguientes términos: “Con apoyo en lo expuesto, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte vigente a esta fecha, a la que está sometida esta colegiatura en virtud de lo previsto por la Ley 1781 de 2016, por medio de la cual se modificaron los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, **la Sala concluye que el Tribunal se equivocó al colegir la existencia de un trato desigual**, sin haber analizado la Radicación n.º 70012 SCLAJPT-10 V.00 28 situación fáctica de los actores respecto de los demás referentes de comparación, lo que lo condujo a afirmar que no era legítimo dar un trato diferente a trabajadores que estaban cobijados por regímenes distintos”.

“En consecuencia, al demostrarse la existencia de los yerros jurídicos endilgados, el cargo prospera.”

“Con fundamento en ello, la Sala queda relevada de adentrarse en el análisis de los cargos segundo, tercero y cuarto en donde se cuestionaba la imposición de las condenas pese a que no se probó el valor pagado por concepto de estímulo al ahorro, la falta de condena en concreto y la indemnización moratoria por existir buena fe.”

Es claro aquí, que la censura dada a la sentencia proferida en primera instancia y ratificada en segunda instancia, obedeció a la aplicación de un principio de

*igualdad, el cual no había sido objeto de análisis en instancias. Por tanto, el juez de conocimiento valoró lo arrimado al proceso, para determinar la naturaleza salarial del “**estímulo al ahorro**”. Sin embargo, la Sala de Casación, estimó conveniente armonizar esta teoría para desestimar mis derechos laborales, tal como lo hizo en su fallo, sin que exista **congruencia** alguna entre su decisión y mi demanda original analizada por parte del Juzgado del Circuito y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.*

Ahora bien, en lo que respecta al **Principio de Congruencia**, el cual tiene consagración normativa en el artículo 281 del CGP (antes 305 del CPC), cabe mencionar lo expresado por la Corte en la sentencia CSJ SL913 -2013 al explicar en torno a los artículos 305 del CPC y 50 del CPTSS, que:

"[...] la sentencia que dicta el Juez debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, así como en las demás oportunidades previstas procesalmente, debe observar igualmente las excepciones que aparezcan probadas, las cuales puede declarar de oficio, salvo que se necesite alegación expresa del medio exceptivo por la parte interesada. Lo obliga también a no condenar al demandado por cantidad superior u objeto distinto del pretendido en la demanda, no por causa diferente a la invocada en esta.

Es decir, el funcionario judicial está sometido al marco jurídico procesal que le fijan las partes y al que le permite la legislación procesal en eventos taxativamente determinados pero que contienen algunas excepciones.

Dicho principio es consustancial a la naturaleza del derecho procesal, pues respeta estrictamente el axioma de contradicción y el de defensa. Permitir al Juez decidir arbitraria o caprichosamente significaría darle una potestad de la que fácilmente puede abusar y que conllevaría fatalmente a una injusticia que va en contravía de la función que por esencia debe cumplir, cual es la de administrar justicia.

Desde sus inicios, para la legislación procesal laboral el referido principio no tenía contenido absoluto, pues el artículo 50 del Estatuto Adjetivo le dio la posibilidad de fallar extra y ultra petita, o sea por fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Sin embargo, para lo primero se necesita una condición para que se pueda fallar más allá de las pretensiones de la demanda y es que los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, como atrás se anotó. De esa manera se sigue garantizando el postulado fundamental procesal del respeto a la defensa y a la contradicción. Es decir, que esa facultad

se deriva de lo discutido en el proceso y de las pruebas que lo demuestren, etapa que supone que para las partes no son desconocidos dichos hechos, ni tampoco las pruebas que los acrediten en tanto han tenido la oportunidad de ejercer los actos propios de defensa y contradicción. Desde esa perspectiva es indiscutible que una condena en tal sentido, no puede ni resultar sorpresiva para las partes (...)”

En el mismo sentido, en la reciente sentencia CSJ SL2010-2019, se concluyó:

[...] el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del Juez. En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso. Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. Así, por mencionar algunos de dichos instrumentos, en el proceso ordinario laboral se le exige a la parte demandante la indicación de lo que pretende, expresado con precisión y claridad, junto con la relación de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento y las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 25 del CPTSS); a la parte demandada le es imperioso pronunciarse explícitamente sobre esas pretensiones y hechos, aclarando las razones de su respuesta (artículo 31 del CPTSS); y, en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016).

En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador [...] obliga (al Juez del Trabajo) a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas Radicación n.º 69529

SCLAJPT-10 V.00 36 y probadas. (Ver sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).

[...]

*En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive **en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa.** A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018).*

En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso. Vale la pena aclarar, no obstante, que estas reglas procesales encuentran excepciones precisas en las facultades del Juez de primera instancia de emitir fallos ultra o extrapetita; en el grado jurisdiccional de consulta a favor del trabajador y de ciertas entidades del Estado; y, en general, en el imperativo de hacer prevalecer el derecho sustancial en tratándose de derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de trabajadores y afiliados al sistema de seguridad social.

De cara al fallo de casación, puede observarse en la sección IX, SENTENCIA DE INSTANCIA, en la página 32, que la Sala pierde totalmente el hilo de la argumentación sin que tenga relación directa con lo que rebatió Ecopetrol en sus cargos, y menos aún, sin hacer referencia a la demanda, hace algunos análisis de la naturaleza del salario sin tener en cuenta el pronunciamiento de la Comisión de Expertos de la OIT que es vinculante conforme el bloque de constitucionalidad.

En la página 32 se lee:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala al analizar los artículos 127 y 128 del CST ha explicado que si bien en esta última disposición se ha concedido la libertad para calificar qué es salario, ello no implica que las partes puedan desconocer la naturaleza salarial respecto de aquellos pagos que por su naturaleza lo son (CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25734, y CSJ SL 13 jun. 2012, rad. 39475)”.

Estos conceptos que buscan proteger la naturaleza del salario no son tenidos en cuenta por la Sala en su sentencia, ni los precedentes incluyendo la acción de tutela contra providencias judiciales instaurada por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá T-3511909, que por su similitud con este caso analizaremos más adelante.

Tampoco se tuvo en cuenta el concepto de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que como la Corte Constitucional ya lo ha determinado tienen carácter vinculante. Este pronunciamiento que aclara la duda que se generó cuando se introdujo el sistema de pago del salario con el denominado “estímulo al ahorro”, aunque es de mucha utilidad y permite armonizar la interpretación de nuestra legislación en concordancia con el Convenio 95 de la OIT, no fue tenido en cuenta por la Sala.

Protección del Salario

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

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

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

En su pronunciamiento *“la Comisión recuerda que en aplicación del artículo 1, todos los componentes de la remuneración de los trabajadores, independientemente de su denominación o cálculo, son protegidos por el Convenio”* y refiriéndose concretamente al “estímulo al ahorro” establece que: *“En estas condiciones, la Comisión considera que los aportes regulares efectuados por los empleadores a los fondos de pensión voluntarios de los trabajadores, denominados «estímulos al ahorro», deben gozar de las protecciones proporcionadas por el Convenio”*, por consiguiente para el presente caso que nos ocupa se desvirtúa que el Estímulo al Ahorro sea una “suma sin naturaleza salarial”, o que sea un regalo por mera liberalidad de Ecopetrol.

En este orden ideas, se concluye que *“el estímulo al ahorro”* no es un regalo hecho por mera liberalidad de Ecopetrol desvinculado de la relación laboral como afirma. Si la comisión de expertos de la OIT hubiera estado de acuerdo con Ecopetrol en cuanto a que el «estímulo al ahorro» no es salario, la Comisión lo hubiera excluido del convenio 95 por no ser salario. Pero en ningún momento la comisión pone en duda que el «estímulo al ahorro» cumpla con la definición de salario del Artículo 1 y debe estar protegido por el **Convenio 95 de la OIT**.

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

El pronunciamiento de la Comisión de Expertos de la OIT está en concordancia con nuestra legislación en defensa de la naturaleza del salario al que históricamente algunas empresas han intentado desnaturalizar al pagar parte de los salarios con artificios para que estos no tengan impacto en prestaciones y pensiones, incluso forzando a los empleados a firmar renunciaciones a sus derechos constitucionales como ha sido este caso, pero que hasta la fecha el sistema judicial colombiano había protegido su naturaleza fallando a favor del trabajador.

Sin embargo en nuestro caso se ha cambiado la jurisprudencia sin que la Sala Laboral haya explicado las razones jurídicas de este cambio, lo que crea mucha desazón entre los trabajadores y sensación de que estamos siendo violentados y que nuestra legislación se está cambiando con fallos judiciales.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1.- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las partes y se aparten de los mandatos constitucionales. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, reiterada recientemente en la T-025 de 2018, señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de presupuestos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: los requisitos generales de procedencia y los requisitos específicos de procedibilidad. Los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, o sea, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela. Los

requisitos específicos aluden a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en razón de su gravedad, hacen que éste sea incompatible con los preceptos constitucionales. De conformidad con la jurisprudencia vigente de esta Corporación, reiterada en esta providencia, estos defectos son los siguientes: Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia. Defecto procedimental absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. Defecto fáctico: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada. Error inducido: sucede cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. Decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

5.2. Cumplimiento de los requisitos generales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

La presente tutela cumple con los requisitos generales al tener relevancia constitucional, porque el caso involucra la vulneración de mis derechos fundamentales al debido proceso, además se me causa un daño patrimonial en mi pensión de jubilación con la decisión tomada. Es inmediata, por no haber transcurrido cuatro meses desde que fue publicada, además, ni el proceso del Tribunal Superior de Cúcuta ni el Juzgado Laboral de Cúcuta han proferido el auto de cúmplase lo ordenado por el superior. No existe otro medio de defensa, ya que no procede recurso alguno contra las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia. La irregularidad procesal cometida por Sala Laboral de descongestión faltando flagrantemente al principio de congruencia y debido proceso es trascendente, pues tuvo un efecto decisivo al REVOCAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta atentando contra el debido proceso, y causándome un grave daño patrimonial al revocar el reajuste de mi pensión de jubilación. En este caso se cumple con el requisito de identificar de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos

vulnerados y no es contra una sentencia de tutela, por lo que se cumple con la totalidad de los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. 3.- Requisitos específicos 3.1.- Defecto fáctico. Se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

5.3 Desconocimiento del precedente.

Se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. La sala desconoció los precedentes sobre otros casos incluyendo la acción de tutela contra providencias judiciales instaurada por Manuel Eduardo Fuentes Becerra contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá T-3511909, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva el 29 de Noviembre de 2012.

En el año 2003, el señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra ingresó a laborar a la empresa EMERMÉDICA S.A., por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de médico general, labor por la cual se pactó un salario de \$ 336.697. En esa misma anualidad, el actor suscribió con su empleadora un otrosí al contrato laboral en el cual se estipuló un pago mensual por concepto de gastos de movilización de \$ 1.260.438. Conforme a lo fijado en el negocio jurídico, las sumas de dinero derivadas del otrosí no constituían factor salarial.

En el año 2005, el solicitante presentó renuncia voluntaria a la compañía. Una vez aceptada la dimisión del empleo, EMERMÉDICA S.A. liquidó las prestaciones sociales del trabajador sin tener en cuenta el valor mensual pagado por concepto de gastos de movilización, ya que no era constitutivo de salario.

La Corte Constitucional fue clara en defender la naturaleza salarial de estos sistemas de pago del salario que pretenden cambiar su naturaleza en concordancia con el concepto de la Comisión de Expertos y del Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT. Estos son algunos de los análisis que hace la Corte Constitucional al tutela los derechos del trabajador que pueden ser de mucha utilidad en mi caso.

*“La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá desconoció la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que aduce que son ineficaces los **“acuerdos que buscan disfrazar como sumas no salariales conceptos que se cancelan mensualmente y que gozan de los elementos constitutivos de salario”**”.*

Defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, comoquiera que el Tribunal accionado en contravía de la Constitución y los derechos fundamentales del actor aceptó que un texto contractual quitara el carácter de salario a un pago que revestía dicha naturaleza. Según el tutelante, esta postura vulneró el artículo 53 de la Carta Política *“ya que no dio aplicación a los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y a la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*.

La Corte estima que es razonable entender que el artículo *Ibídem* señala que los pactos de desregularización salarial tienen efectos jurídicos cuando las partes del contrato de trabajo así lo acuerden. No obstante, esta hermenéutica es contraria a la Carta Política, ya que afecta normas constitucionales con las cuales debe acompasarse. Ello es el resultado de la aplicación del principio de interpretación conforme de la Constitución, bajo el cual todo análisis de un precepto normativo debe realizarse en armonía con los parámetros superiores. La C-521 de 1995 advirtió que los acuerdos de exclusión salarial no pueden servir de excusa para vulnerar derechos irrenunciables de los trabajadores.

En este estado de cosas, la Sala de descongestión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al comprender que el *otrosí* pactado entre EMERMÉDICA y el actor era válido por la simple consagración expresa del mismo, desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, porque no evaluó si materialmente la prima de movilización constituía salario. Así, estimó que prevalecía un escrito suscrito entre las partes del contrato de trabajo que la manera en que se desarrolló en la práctica la relación laboral. El juez accionado renunció a su deber de establecer si ese pago en realidad tenía la connotación de salario, revisando si era retribución del servicio y la finalidad de éste. Como consecuencia, esa hermenéutica implicó que la autoridad judicial demandada no aplicara el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y verificara si la suma de dinero estudiada era salario. Al mismo tiempo, ese pacto de desalarización versó sobre derechos irrenunciables del trabajador, pues el acuerdo llevó a que no se considerara como salario un pago que tenía esa característica y que no tuviese los efectos prestacionales del mismo. Así, el actor renunció sin tener facultad para ello a obtener una retribución mínima, vital y móvil, proporcional a la labor desempeñada y de acuerdo con la calidad así como la cantidad ejecutada.

Adicionalmente, la interpretación de la autoridad judicial demandada otorgó poder ilimitado al empleador de establecer que cualquier pacto de exclusión salarial era válido con el solo acuerdo. Esta hermenéutica vulnera la Constitución, en la medida que el *otrosí* firmado por los extremos de la relación laboral tiene límites en los

derechos irrenunciables del trabajador. Tales como que, las partes del contrato de trabajo no pueden quitar la naturaleza de salario a un pago que posee esa característica. Esta premisa es una restricción legítima al principio de autonomía en esta clase de negocios jurídicos.

Por tanto, el Tribunal demandado incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 128 de C.S.T. al entender que los pactos de desregularización salarial tienen validez por su simple consagración y que su contenido es ilimitado en cuanto que son el desarrollo de la autonomía contractual del empleador y el trabajador.

Como resultado de las anteriores consideraciones, esta Sala revocará las decisiones proferidas por las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia, que denegaron el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho al debido proceso y a la igualdad del señor Manuel Eduardo Fuentes Becerra, se dejará sin efecto la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá del 19 de enero de 2012, y se le ordenará emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta el precedente horizontal sobre los pactos de desregularización salarial, al igual que la interpretación del artículo 128 C.S.T. establecida en la presente providencia.

El texto de la sentencia explica muy bien el alcance de los pactos de exclusión salarial los cuales no pueden violar otros derechos de los trabajadores como se muestra a continuación. “La Cortes Constitucional y Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) han propuesto otorgar al salario un significado con fundamento en el bloque de constitucionalidad. El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, porque la Sala Plena de esta Corte ha reiterado que esa definición es vinculante, porque propone la integración normativa del ordenamiento jurídico nacional con los sistemas internacionales. Incluso tiene rango constitucional, aunque no se encuentre expresamente en la Carta política de 1991, ya que hace parte del bloque de constitucionalidad”.

“la Corte Constitucional ha manifestado que el salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso y precisa que la irrenunciabilidad de la remuneración tiene el fin de evitar los abusos del empleador, como ha sucedido en mi caso por el pago de parte significativa del salario mediante el concepto denominado “estímulo al ahorro”.

6. PRUEBAS

1. Aporto copia de la sentencia de casación SL2163-2021, Radicación No. 70012, Acta 17.
2. Respuesta OIT, adoptada en el año 2018.
3. Carta de aumento salarial por reclasificación del 24 de Junio de 2008.
4. Solicito respetuosamente se oficie a la Secretaría de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral de descongestión No. 1, el envío del expediente digitalizado o en su defecto al Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Laboral, a donde fue remitido.

7. JURAMENTO

De conformidad con el Decreto 2591, manifiesto bajo la gravedad de juramento, que no he presentado otra acción de tutela por los mismos hechos, derechos y pretensiones, además de las mismas partes.

8. NOTIFICACIONES

Dirección Corte Suprema, Sala de descongestión No 01: Calle 73 No 10-83, Bogotá

Correo electrónico seclabdes@cortesuprema.gov.co

Dirección Ecopetrol: Carrera 13 No 36-24 Bogotá D.C.

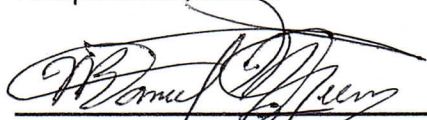
Correo electrónico: notificacionesjudicialesecopetrol@ecopetrol.com.co

Dirección Accionante: Carrera 20 No 158-40 Torre 1 Apto 1601, Floridablanca, Santander. Correo electrónico: manuel.laureano.nunez@hotmail.com

9. ANEXOS

- Lo enunciado como pruebas.

Respetuosamente.



Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza
cc. 9.519.714 de Sogamoso

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
GEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **9.519.714**

NÚÑEZ ISAZA

APELLIDOS
MANUEL LAUREANO SEGUNDO

NOMBRES

FIRMA



FECHA DE NACIMIENTO **09-AGO-1955**

BOGOTA D.C.
(CUNDINAMARCA)
LUGAR DE NACIMIENTO

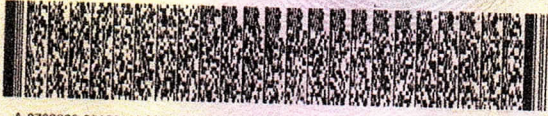
1.74
ESTATURA

A+
G.S. RH

M
SEXO

01-OCT-1976 SOGAMOSO
FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

REGISTRADOR NACIONAL
CARLOS ABEL SANCHEZ TORRES



A-2708200-00139188-M-0009519714-20081218 0008341940A 1 9922176550



Junio 24 de 2008

Señor(a)
MANUEL LAUREANO S NUNEZ ISAZA
Y8140

Estimado (a) Señor (a):

La transformación de ECOPETROL S.A. derivada de la capitalización ha requerido, como parte de la estrategia para contar con una organización más ágil y eficaz que nos permita responder con capacidad competitiva a los nuevos retos que asumiremos como Sociedad de Economía Mixta, el diseño e implementación de un nuevo modelo organizacional, que fue materializado en la estructura aprobada por la Junta Directiva de la Sociedad en su sesión del 6 de julio de 2007, mediante Acta No. 069, dada a conocer a todos nuestros colaboradores.

En desarrollo de lo anterior, me es grato comunicarle que ECOPETROL S.A. ha aprobado su asignación al cargo de **Profesional I** (ID 32004247), a partir del 1º de junio de 2008, y adicionalmente un estímulo al ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios a la sociedad administradora de fondo de pensiones (AFP) que usted elija por una suma de \$ **3,817,600 pesos m/i**; que será variable y condicionada en función, entre otras, de la política de compensación vigente que usted conoce, aprobada mediante Acta No. 075 del 5 de octubre de 2007 de la Junta Directiva de esta Sociedad, que se encuentra publicada en la página de intranet de la Organización.

En ese sentido, se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo vigente: "Las partes expresamente convienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro que pueda llegar a reconocer esta Sociedad, considerando que tiene la connotación de ser variable y condicionado en función de la política de compensación vigente, el cargo desempeñado y la estructura salarial de ECOPETROL S.A., no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales que le correspondan al trabajador."

Téngase en cuenta que con ocasión de la aplicación de esta nueva política de compensación, mediante la presente comunicación se modifica, a partir de la fecha efectiva de su asignación al nuevo cargo, la suma del beneficio que por concepto de estímulo al ahorro le fuera reconocida conforme a su situación particular anterior.



En señal de aceptación y con el propósito de perfeccionar el reconocimiento, le agradecemos enviar copia firmada de la presente comunicación a la respectiva Regional de Gestión Humana y/o Coordinación de Servicios al Personal, antes del 17 de julio de 2008.

Una vez manifestado su asentimiento frente a los términos de la presente comunicación y agotada su entrega ante las áreas de personal, se entenderá que los mismos adicionan y hacen parte integral, desde el 1º de junio de 2008, de su contrato individual de trabajo vigente.

Sea esta la oportunidad para manifestarle que son el compromiso y la dedicación de colaboradores con sus calidades personales y profesionales, los que nos permiten avanzar en el camino hacia la excelencia y en el logro de los nuevos retos organizacionales que nos hemos propuesto para hacer de ECOPETROL S.A. una Empresa de clase mundial.

Cordialmente,

NESTOR FERNANDO SAAVEDRA

Director Instituto Colombiano del Petróleo

Acepto las condiciones, términos y la cláusula adicional al contrato individual de trabajo propuesta.

MANUEL LAUREANO S NUNEZ ISAZA

Y8140

9.519.714

C.C. : Hoja de Vida



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL2163-2021

Radicación n.º 70012

Acta 17

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

La Corte 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 5 de septiembre de 2014, en el proceso ordinario laboral que en su contra instauraron **ÁLVARO MAURICIO ARÁNZAZU REYES, ANTONIO DE JESÚS LONG ÁLVAREZ, ARGELIO ROMERO RACERO, CARLOS FERNANDO RUEDA SILVA, CLAUDIA PATRICIA SOTO TAVERA, GUILLERMO JOSÉ MEDINA SALGADO, HÉCTOR ALFONSO JAIMES JAIMES, HERNANDO JOSÉ LAKAH DURANGO, HUGO JEREZ MATEUS, JESÚS EMILIO OLAYA BENÍTEZ, JORGE ENRIQUE PÉREZ VALDERRAMA, JOSÉ EDGAR SÁNCHEZ CAMARGO, JOSÉ LUIS VILLALBA SEVERICHE, MANUEL LAUREANO SEGUNDO NÚÑEZ ISAZA, MARÍA ISABEL CARDONA**

SALAZAR, NELSON ÁVILA RODRÍGUEZ y VICENTE GÓMEZ RAMÍREZ.

El apoderado inicial de los señores Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes, Guillermo José Medina Salgado, Hernando José Lakah Durango, Jorge Enrique Pérez Valderrama, José Edgar Sánchez Camargo, José Luis Villalba Severiche y María Isabel Cardona Salazar, a través de escrito radicado el 8 de agosto de 2017, solicita que se declare ineficaz el auto que admitió la demanda de casación, se deje en firme la decisión del Tribunal y se disponga devolver el expediente.

Para ello manifiesta que quien actúa como apoderado de Ecopetrol S. A. Dr. Darío Sánchez Herrera tiene doble calidad: es abogado y además conjuez de esta corporación, lo que genera la inquietud de si está habilitado para ejercer la abogacía ante esta Sala, pues tal situación *«afecta la confianza pública respecto de las debidas transparencia e imparcialidad que deben permear el proceso en la administración de justicia»*; petición que sustenta en los artículos 61, 151 y 154 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y la prohibición de ejercer la abogacía ante la Corte durante un lapso determinado, según el numeral 5 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 y *«35 de la Ley 1474 de 2011»* (f.º 163 y 164).

Vistos los argumentos, la Corte no accede a declarar ineficaz el auto que admitió el recurso extraordinario, como quiera que no se advierte causal para ello.

Ahora bien, frente a la inquietud que le asiste al apoderado solicitante, sobre la calidad de conjuez de esta Sala de quien está ejerciendo la representación judicial de la entidad demandada, esta colegiatura debe precisar que quien actúa como apoderado de Ecopetrol no ostenta actualmente la condición de conjuez de la Sala de Casación Laboral, ya que presentó renuncia el 4 de abril de 2018, la cual fue aceptada el 11 de abril de esa anualidad, según los registros de esta corporación. Aunado a lo anterior, la Corte tampoco encuentra que dicho profesional, en calidad de conjuez, hubiera conocido del presente trámite judicial.

Además, debe precisarse que el artículo 61 de la Ley 270 de 1996 dispone que *«Serán designados conjueces [...] las personas que reúnan los requisitos para desempeñar los cargos en propiedad, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones [...]»*, de lo que se deriva que únicamente se prohíbe que ostenten tal calidad, los miembros de corporaciones públicas y los empleados o trabajadores de entidades que tengan a su cargo funciones públicas, durante todo el lapso en que el designado se desempeñe como conjuez, sin que la norma haga referencia al desempeño profesional privado.

A más de ello, la condición de conjuez no implica que sea miembro de esta Corte como magistrado titular, ya que su intervención para administrar justicia es como servidor público especial, pero única y exclusivamente en el caso

concreto en que sea llamado a intervenir. En efecto, al analizar el texto normativo citado, la Corte Constitucional indicó:

[...] Desde el momento en que aceptan su nombramiento como conjuces, adquieren los designados una calidad especial: la de estar en posibilidad de ser llamados a administrar justicia en determinados negocios. Y cuando este llamamiento ocurre, el conjuce no sólo debe aceptarlo, sino posesionarse y prestar el juramento correspondiente. Posesionado, es ya un servidor público, para todos los efectos legales en relación con el negocio en que actúe. Servidor público especial, *sui generis* [...]. (CC C037-96).

Así, la designación de conjuce solo le permite ejercer la función judicial de forma transitoria y particular en los casos concretos en que interviene -lo que como ya se dijo no ocurrió en el *sub lite*-, y se lleva a cabo en calidad honorífica -no remunerada-. Por todo lo dicho, no le asiste razón al solicitante en sus planteamientos.

En cuanto a la comunicación obrante a folio 198 de la Corte, recibida por la Sala de Casación Laboral el 10 de agosto de 2018, través de la cual el presidente de la Asociación Nacional de Pensionados de Ecopetrol remite copia de la queja presentada por la CGT, la CTC, la CUT y la Asociación Nacional de Pensionados de Ecopetrol – ANPE20102010 ante la OIT, «*contra el Estado Colombiano por violación al convenio 95 y 81 de la OIT, con base en el (sic) artículo 24 y 25 de la Constitución de la OIT*», en donde se expone el caso de la empresa demandada, junto con la comunicación de la admisión por parte de dicho organismo; por tratarse de documentos informativos la Sala se abstiene

de efectuar algún pronunciamiento.

Se reconoce personería adjetiva al abogado Alejandro José Peñarrendonda Franco, con T.P. 306.311 del CSJ, como apoderado de Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes, Guillermo José Medina Salgado, Hernando José Lakah Durango, Jorge Enrique Pérez Valderrama, José Edgar Sánchez Camargo, José Luis Villalba Severiche y María Isabel Cardona Salazar, en los términos y para los efectos de los poderes que obran a folios 248 a 256 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes, Antonio de Jesús Long Álvarez, Argelio Romero Racero, Carlos Fernando Rueda Silva, Claudia Patricia Soto Tavera, Guillermo José Medina Salgado, Héctor Alfonso Jaimes Jaimes, Hernando José Lakah Durango, Hugo Jerez Mateus, Jesús Emilio Olaya Benítez, Jorge Enrique Pérez Valderrama, José Edgar Sánchez Camargo, José Luis Villalba Severiche, Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza, María Isabel Cardona Salazar, Nelson Ávila Rodríguez y Vicente Gómez Ramírez llamaron a juicio a Ecopetrol S. A., con el fin de que se declare que el estímulo al ahorro es constitutivo de salario. En consecuencia, se ordene la reliquidación de las primas, las vacaciones, la bonificación, el quinquenio y la pensión de jubilación; indemnización prevista en el artículo 65 del CST; reajuste del ingreso monetario por ahorro Cavipetrol; de la indemnización regulada en el artículo 100 de la Ley 50 de 1990 por el no pago oportuno de las cesantías; la

indemnización por haber reconocido el derecho pensional luego de transcurrido más de 90 días, según el artículo 8 de la Ley 10 de 1972 y las costas del proceso.

Fundamentaron sus pretensiones en que laboraron al servicio de la demandada, bajo contratos de trabajo, desempeñando cargos de nivel directivo y de confianza, que obtuvieron una pensión de jubilación, así:

DEMANDANTE	FECHA INGRESO	FECHA TERMINACIÓN	ÚLTIMO CARGO	FECHA RECONOCIMIENTO PENSIÓN
Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes	4 de julio de 1989	29 de julio de 2010	Jefe de Departamento Operaciones Marítimas y Fluviales en la Unidad Organizativa Dpto. Operaciones marítimas y Fluviales	30 de julio de 2010
Antonio de Jesús Long Álvarez	-----	15 de diciembre de 2009	-----	16 de diciembre de 2010
Argelio Romero Racero	5 de octubre de 1986	29 de noviembre de 2009	Programador transporte VIT en la unidad organizativa Jefatura de programación y Clientes	30 de noviembre de 2009
Carlos Fernando Rueda Silva	2 de febrero de 1987	12 de julio de 2010	Superintendente de Operaciones VPR en la unidad organizativa Superintendencia Operación de Río.	13 de julio de 2010
Claudia Patricia Soto Tavera	27 de noviembre de 1986	15 de junio de 2010	Profesional Especialista ICP en la unidad organizativa de Disciplinas Especializadas	16 de junio de 2010
Guillermo José Medina Salgado	18 de noviembre de 1986	15 de marzo de 2010	Supervisor I VIT en la unidad organizativa coordinación planta ODC-ACN	16 de marzo de 2010
Héctor Alfonso Jaimes Jaimes	23 de abril de 1986	28 de diciembre de 2008	Jefe coordinación Costos	29 de diciembre de 2008
Hernando José Lakah Durango	19 de julio de 1988	29 de julio de 2010	técnico II VIT en la unidad organizativa planta ODC-ACN	30 de julio de 2010
Hugo Jerez Mateus	22 de junio de 1987	29 de noviembre de 2009	Profesional I VPR	30 de noviembre de 2009
Jesús Emilio Olaya Benítez	1 de julio de 1987	28 de diciembre de 2008	Profesional I	29 de diciembre de 2008
Jorge Enrique Pérez Valderrama	16 de marzo de 1987	29 de noviembre de 2009	Profesional III VIF en la unidad organizativa de registro análisis	30 de noviembre de 2009
José Edgar Sánchez Camargo	21 de diciembre de 1988	6 de julio de 2010	Supervisor I VIT en la unidad organizativa Dpto. de mantenimiento Occidente	7 de julio de 2010
José Luis Villalba Severiche	18 de noviembre de 1986	28 de noviembre de 2009	técnico II VIT en la unidad organizativa Coordinación planta ODC-ACN	29 de noviembre de 2009
Manuel Laureano Núñez Isaza	20 de noviembre de 1989	29 de junio de 2010	Profesional IA ICP en la unidad organizativa de Investigación	30 de junio de 2010
Maria Isabel Cardona Salazar	29 de agosto de 1989	29 de noviembre de 2009	técnico DAB en la unidad organizativa regional Abastecimiento B y S Central	30 de noviembre de 2009

Nelson Ávila Rodríguez	6 de septiembre de 1978	15 de junio de 2010	Líder desarrollador Negocios VSM en la unidad organizativa coordinación Comercial Petroquímica e Industria	16 de junio de 2010
Vicente Gómez Ramírez	28 de abril de 1987	27 de diciembre de 2009	Profesional IA GTD en la unidad organizativa Superintendencia de Yacimientos	28 de diciembre de 2009

Adujeron que la demandada aprobó una política de compensación para definir la estructura salarial de su personal directivo, técnico y de confianza con 15 niveles, a fin de incrementar los salarios de los trabajadores teniendo como referente mínimo, al menos el 20% de la media del sector petrolero mundial.

Sostuvieron que se introdujo un elemento no previsto en el documento ECP DLDD 01 de abril de 2006, para diferenciar los trabajadores amparados por el régimen de pensión de la empresa, ofreciendo un incremento de los respectivos ingresos monetarios, denominado estímulo al ahorro, con lo que se buscaba *«evitar el aumento de ganancias del personal próximo a pensionarse con cargo a la empresa»*. Así, dijeron que la demandada estableció cuatro grupos de la nómina directiva, diferenciando si se pensionaban o no con cargo a la empresa y sin tenían retroactividad de cesantías, siendo incluidos dentro del grupo 4, esto es, los trabajadores beneficiarios de la retroactividad de ésta.

Afirmaron que la demandada les ofreció acogerse a la política de compensación salarial, pero les informó que para ello *«debían renunciar a la incidencia salarial del mismo»*. De esa manera, no les reconocieron la plena incidencia salarial

sobre la remuneración del beneficio mencionado, pese a que era habitual y periódico, además, se pagaba como contraprestación de la labor personal. Así, les fue dividido el salario, pues, una parte era pagada directamente al trabajador y, otra, consignada en un fondo privado de pensiones y cesantías, por lo que se les exigió abrir una cuenta de ahorro pensional en un fondo de pensiones.

Indicaron que, al calcular los conceptos de trabajo extraordinario, los auxilios, los préstamos y aportes a Cavipetrol, las cesantías, las vacaciones, las primas, las indemnizaciones, y demás prestaciones sociales legales y extralegales, así como la pensión de jubilación, no se tuvo en cuenta el valor pagado a título de estímulo al ahorro (f.ºs 428 a 450 del cuaderno principal).

Al dar respuesta a la demanda, Ecopetrol se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos, admitió los vínculos laborales, los extremos temporales, los últimos cargos desempeñados por los accionantes y el ofrecimiento de la política de compensación salarial. Los restantes fueron negados.

En su defensa argumentó que el beneficio extralegal denominado estímulo al ahorro hace parte de la política de compensación salarial que nació en virtud de la identificación de grupos poblacionales, en donde se tuvieron en cuenta distintas situaciones, entre otras, la antigüedad, el régimen de cesantías, el de jubilación, por lo que se hizo necesario agruparlos para aplicar la política de manera

homogénea y así establecer un esquema de compensación equitativo.

Indicó que la diferencia en los salarios básicos obedeció a la prohibición legal de aumentar en forma injustificada y de manera desmedida el salario del personal próximo a jubilarse. Además, los trabajadores manifestaron su expreso consentimiento para acordar que el estímulo al ahorro no tuviera incidencia salarial, conforme al artículo 128 del CST.

Por último, manifestó que no era acertado decir que los actores estaban en igualdad de condiciones que la planta de personal recién vinculada a la empresa, porque en realidad, aquellos tenían una mejor posición, ya que siempre han existido distintos regímenes salariales y prestacionales que obligan a tener un trato diferencial, tal y como ocurrió con el beneficio del estímulo al ahorro.

En su defensa propuso las excepciones previas de falta de competencia territorial, falta de reclamación administrativa, prescripción y las de fondo que denominó pago, inexistencia de vicios en el consentimiento en lo pactado por los demandantes y Ecopetrol S.A. frente a la incidencia salarial del estímulo al ahorro, buena fe e inexistencia de la obligación reclamada (f. os 512 a 528 del cuaderno principal).

Mediante auto del 20 de agosto de 2013, el juez de conocimiento resolvió declarar no probada la excepción previa de falta de competencia territorial y parcialmente

acreditada la de falta de reclamación (f.º 559 del cuaderno principal). La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en providencia del 25 de julio de 2014 revocó parcialmente tal decisión respecto del señor Romero Racero y declaró probada la excepción de falta de reclamación administrativa en cuanto a los aportes realizados a «*Cavipetrol para los señores Jaimes Jaimes, Medina Maldonado, Soto Tavera, Rueda Silva y Aránzazu Reyes*» (f.º 15 cuaderno del Tribunal).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 11 de septiembre de 2013 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada propuesta por la empresa demandada por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la empresa demandada a reconocer y pagar a los demandantes, dentro de los cinco días siguientes de la ejecutoria de la presente providencia, la incidencia salarial que de lo pagado por concepto de estímulo de ahorro ha de tener en los derechos legales y extralegales y demás beneficios a que tienen derecho, a partir de las fechas que se han señalado anteriormente, junto con la correspondiente indexación, ajustada al IPC certificado por el DANE, desde la fecha de causación de los derechos y hasta cuando se haga efectivo su pago total.

Igualmente se le condenará a que pague los correspondientes aportes a Cavipetrol con fundamento en la incidencia salarial que se reconoció, al igual que la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que corresponde a un día de salario, a partir del día siguiente a la terminación de la relación laboral y hasta por un término de 24

meses vencidos los cuales serán pagados intereses a la tasa máxima certificada por la Superbancaria sobre la reliquidación salarial y prestacional que corresponde hacerle a cada uno de los trabajadores.

CUARTO: ABSOLVER a la empresa demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por los demandantes por las razones anteriormente expuestas.

QUINTO: DECLARAR que no hay lugar a pronunciamiento alguno respecto a las demás excepciones propuestas por la empresa demandada.

SEXTO: CONDENAR en costas a la empresa demandada. (cd f.º 578 del cuaderno principal).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, mediante fallo del 5 de septiembre de 2014 resolvió:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente lo resuelto por el a quo en la sentencia de primera instancia en su ordinal tercero referente a los aportes y en su lugar se absuelve a la demandada del reconocimiento y pago de dicho concepto respecto de los señores Jaimes Jaimes, Medina Maldonado, Soto Tavera, Rueda Silva y Aránzazu Reyes y se confirma lo resuelto por el a quo respecto de los demás actores y se confirma la sentencia impugnada en lo que atañe a la incidencia salarial del estímulo al ahorro a favor de cada uno de los demandantes y las condenas derivadas de dicha incidencia salarial, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia apelada en el sentido que el pago de los rubros adeudados a los actores debe realizarse de manera indexada solamente en lo que respecta al pago de las diferencias que deben cancelarse por concepto de la reliquidación de las mesadas pensionales de los actores al tener en cuenta el reajuste salarial, pues por las diferencias resultantes de la reliquidación del auxilio de cesantías y de las demás prestaciones sociales legales y extralegales, se cancelará la indemnización moratoria de la forma indicada en las consideraciones del presente fallo para cada uno de los actores.

TERCERO: sin condena en costas en esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que la apelación de la parte demandada se centró en controvertir la incidencia salarial del estímulo al ahorro y las condenas derivadas de ello, así como la indemnización moratoria y la indexación.

Frente a la incidencia salarial del estímulo al ahorro, indicó que la Sala de Casación Laboral ha establecido que resultan ineficaces las cláusulas en las que se pacte la ausencia de carácter salarial a un beneficio que sí lo es, pese a que se suscriba con tinte de legalidad y con fundamento en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 (CSJ SL, 10 dic. 1998, rad. 11310; CSJ SL, 10 jul. 2006, rad. 27325; CSJ SL, 1 abr. 2011, rad. 35771 y CSJ SL, 9 jul. 2014, rad. 43696).

Sostuvo que el ofrecer mejores garantías a los trabajadores que no se hallaban cobijados por el régimen anterior al establecido por la Ley 50 de 1990, frente a las personas respecto de las cuales la empresa debe asumir el pago directo de pensión, implica una práctica discriminatoria y, por ende, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, porque crea factores discriminatorios entre empleados cobijados por distintos regímenes.

Explicó que lo ocurrido frente al beneficio analizado generaba la vulneración de la movilidad del salario, de la igualdad y de la vida digna; derechos fundamentales constitucionales e internacionalmente reconocidos por los

tratados y convenciones.

Agregó que la Sala de Casación Laboral ha considerado que las partes no son libres para acordar cláusulas de exclusión salarial en los términos del artículo 128 del CST, ya que tales pactos no pueden desnaturalizar aquellos estipendios que tienen carácter de salario por corresponder a una retribución directa de la prestación personal del servicio (CSJ SL, 27 nov. 20012, rad. 42277).

A continuación, refirió que:

[...] conforme a la jurisprudencia traída a colación no queda otro camino que revocar parcialmente lo resuelto por el a quo en la sentencia de primera instancia, en su ordinal tercero referente a los aportes a Cavipetrol y en su lugar se absuelve a la demandada del reconocimiento y pago de dicho concepto respecto de los señores Jaimes Jaimes, Medina Maldonado, Soto Tavera, Rueda Silva, Aránzazu Reyes, quienes no presentaron la reclamación administrativa por este concepto, según quedó constancia en el auto de fecha 25 de julio del año en curso y se confirma dicho ordinal frente al caso de los demás demandantes. Así mismo se confirma la sentencia impugnada respecto de la incidencia salarial del estímulo al ahorro a favor de cada uno de los 17 actores, lo anterior teniendo en cuenta que no reposa dentro del expediente, pago alguno a los actores por este concepto.

De otra parte, dijo que al haberse efectuado la liquidación de prestaciones con un salario inferior al que debían haber devengado, era viable imponer la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pues, según la jurisprudencia de la Sala, no puede el empleador argüir que no canceló las acreencias laborales del trabajador con el salario que verdaderamente devengaba, por el simple hecho de insertar una cláusula en el contrato para restarle carácter salarial a ciertos pagos que son salario por ministerio de la ley (CSJ SL, 2 may. 2012, rad. 38118).

Agregó que el tiempo transcurrido desde que debió haberse pagado cada prestación hasta el momento en que se efectuó el desembolso, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, costo que no debe asumir el trabajador si no la empresa, pues ello es producto del perjuicio ocasionado por la depreciación del dinero en una economía inflacionaria (CC T418-1996 y CC T472-2001).

En tal dirección, puntualizó que las diferencias sobre la reliquidación de las mesadas pensionales por el reajuste salarial debían pagarse de manera indexada dado que frente a los valores adeudados por la reliquidación del auxilio de cesantías y las demás prestaciones sociales legales y extralegales, se cancelaría la indemnización moratoria. Frente a esta última, en aplicación del precedente CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 36557, indicó que la modificaría, distinguiendo si los actores formularon o no «*reclamación administrativa*» dentro del plazo legal, y a partir de ello precisó a quienes se les pagaría un día de salario por 24 meses, luego intereses moratorios, y a quienes solo se les pagarían estos últimos.

Señaló que el hecho de que en algunas ocasiones la cuantificación de la condena implicara la realización de algunas operaciones matemáticas para concretarla, ello no significaba que la decisión fuera abstracta e imprecisa, pues bastaba con que los parámetros de liquidación aparecieran determinados en el respectivo fallo.

Por último, dijo que en el expediente no obraba prueba suficiente de lo devengado mes a mes por los actores durante toda la vigencia de la relación, por lo que procedía despachar *«desfavorablemente la solicitud de condena en concreto»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada en cuanto condenó a la incidencia salarial del estímulo al ahorro sobre los derechos legales y extralegales de los demandantes, por indexación e indemnización moratoria, además, en cuanto condenó al reajuste de los aportes a Cavipetrol a favor de algunos de los actores, para que en sede de instancia revoque la decisión de primer grado en cuanto condenó al pago de la incidencia salarial del estímulo al ahorro sobre los derechos legales y extralegales, la indexación, el reajuste del aporte a Cavipetrol incluyendo el estímulo al ahorro respecto de algunos accionantes y la indemnización moratoria y en su lugar, la absuelva de todas las pretensiones.

Con tal propósito formula cuatro cargos por la causal primera de casación, que son replicados por los actores. La

Sala comenzará con el análisis del cargo primero y, dependiendo del resultado abordará los restantes.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa al Tribunal de la violación de la ley, por la aplicación indebida del principio de igualdad previsto en el *«artículo 10 del Código Sustantivo de 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 de la Ley 100 de 1993 y 3 de la Ley 797 de 2003»*. Lo anterior, dice, generó la aplicación indebida de los siguientes 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 y 306 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, artículos 8 de la Ley 153 de 1987, 15, 1494, 2469, 2473, 2745 y 2488 del CC.

Indica que el tema de fondo que planteó la sentencia es el trato discriminatorio, contrario al orden constitucional y al principio de igualdad, de lo cual el *ad quem* derivó que el acuerdo del estímulo al ahorro resultaba ineficaz y, por ende, debía considerarse como salario con su incidencia en las prestaciones y la pensión.

Señala que la Corte Constitucional *«tiene definido [que] 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». Sostiene que el juez de alzada equivocadamente estimó que la demandada les dio a los trabajadores antiguos un tratamiento discriminatorio, lo que hizo *a priori* y «sin la cita de una sola prueba».

Explica el cambio que introdujeron los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990 con relación al régimen de cesantías que consagraba el artículo 249 del Código Sustantivo de Trabajo, y afirma que, si el empleador, dentro de una política de ingresos *«inequitativa»*, *«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 T969-2010 y destaca que allí se consideró que no resultaba discriminatoria la aplicación de regímenes salariales diferentes para los trabajadores de Ecopetrol y, por ende, resultaba legítimo un trato distinto entre trabajadores nuevos y los que estaban próximos a pensionarse.

Menciona que ello también ocurre en materia de pensión de jubilación. Observa 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 el artículo 260 establece el acceso a la pensión con una edad*

más favorable que la del régimen de la Ley 100 de 1993 [...]»
Y, como 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.

Explica que los cambios de régimen de cesantías y de pensión de jubilación crearon condiciones desiguales, lo que llevó a implementar una política de ingresos equitativa por lo que se conformaron grupos de trabajadores que *«aglutinaron características legislativas similares en orden a que los ingresos de todos fuesen iguales»*.

VII. RÉPLICA

Los demandantes Argelio Romero Racero, Antonio de Jesús Long Álvarez, Héctor Alfonso Jaimes Jaimes y Hugo Jerez Mateus se opusieron a la prosperidad del cargo, para lo cual señalan que la demandada creó factores de discriminación objetivos, lo que generó la violación de los derechos fundamentales a la igualdad por no estar sustentado el trato distinto. Agregan que Ecopetrol, con el denominado estímulo al ahorro, antes de beneficiar a los trabajadores, lo que hizo fue desconocerles las garantías establecidas en el artículo 127 del CST.

Sostienen que el cargo carece de técnica porque no se indicó la vía de ataque y se mezclan argumentos de derecho y de indebida valoración probatoria.

Nelson Ávila Rodríguez, Jesús Emilio Olaya Benítez, Claudia Patricia Soto Tavera, Carlos Fernando Rueda Silva, Vicente Gómez Ramírez y Manuel Laureano Segundo Núñez Isaza presentaron oposición al cargo al estimar que las normas indicadas en la proposición jurídica no fueron vulneradas. Destacan que el estímulo al ahorro, según la jurisprudencia de la Sala, cumple con las condiciones para ser considerado salario, pues era habitual, no era de entrega gratuita o libre y acrecentaba los ingresos del trabajador. Agregan que la censura al cuestionar que el Tribunal concluyó la existencia de un tratamiento discriminatorio sin fundamento en las pruebas, lo que en verdad está criticando es una omisión en la valoración probatoria.

Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes, Guillermo José Medina Salgado, Hernando José Lakah Durango, Jorge Enrique Pérez Valderrama, José Edgar Sánchez Camargo, José Luis Villalba Severiche y María Isabel Cardona Salazar se opusieron al cargo con fundamento en que no se indicaba de violación y por cuanto se controvierten razones que no sustentaron la decisión del colegiado.

Sostienen, en lo esencial que, el fin del estímulo al ahorro fue crear y sostener un factor discriminatorio entre trabajadores cobijados por distintos regímenes, afectando a los empleados antiguos en la cuantía de sus prestaciones sociales e indemnizaciones. Apoyan su postura en los artículos 25 y 53 de la Constitución, 9 y 43 del CST, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto

Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como en los Convenios 095 y 111 de la OIT.

Afirman que mal puede la demandada argüir que el Tribunal aplicó indebidamente la legislación sustancial invocada, cuando lo que en realidad hizo fue garantizar a cabalidad los derechos del grupo de trabajadores afectados con su ilegal e inconstitucional proceder, sin que se haya acreditado la razón que justifique un trato no igualitario.

VIII. CONSIDERACIONES

La Sala destaca que el cargo no adolece de los defectos de técnica que se le endilgan, porque pese a que no aludió expresamente la vía escogida, dado que su ataque es eminentemente jurídico, es claro que corresponde a la senda directa. Además, no es acertado indicar que mezcla aspectos fácticos y jurídicos, pues lo que se cuestiona es que el juez de alzada arribara a una conclusión sin previamente analizar las pruebas y, además, considerar que no estaba justificado el trato distinto entre los trabajadores pese a la existencia de varios regímenes laborales.

Acorde con los reparos expuestos por la censura, la Corte debe determinar si el Tribunal se equivocó al concluir que la demandada dio un trato discriminatorio a los trabajadores sin analizar la diferencia entre los diversos regímenes que cobijaban a los trabajadores y sin efectuar un análisis fáctico que le permitiera arribar a tal conclusión, y, así estimar que la existencia de varios regímenes no

justificaba dar un trato distinto a los actores frente a la naturaleza del estímulo al ahorro.

El juez de alzada concluyó que, considerar que el beneficio del estímulo al ahorro sí tenía carácter salarial para los trabajadores que no se hallaban cobijados por el régimen anterior al establecido por la Ley 50 de 1990, a diferencia de los trabajadores que iban a ser pensionados directamente por la empresa demandada, implicaba una práctica discriminatoria y, por ende, vulneraba los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, pues creaba factores discriminatorios entre trabajadores cobijados por distintos regímenes.

Revisadas las consideraciones que soportaron la decisión del juez de alzada, se advierte que el colegiado no ahondó en razones de índole probatoria para explicar cómo llegó a esa conclusión, pues, en su argumento se limitó a afirmar que otros trabajadores de distinto régimen recibían el estímulo al ahorro como salario, lo que resultaba discriminatorio para los demandantes, quienes no lo percibían con el mismo carácter, pero tampoco sin sustentar tal conclusión en un análisis razonado frente a los argumentos expuestos por la demandada para fundamentar el trato diferencial o en los elementos probatorios arrimados al proceso dirigidos a mostrar ese fin.

En efecto, el Tribunal concluyó un trato discriminatorio sin analizar la situación fáctica de los actores frente a los otros trabajadores, sin adentrarse en el estudio y

comprensión de las condiciones bajo las cuales se estableció o se pactó y pagó la prerrogativa aludida con respecto de los accionantes frente a los trabajadores nuevos, ni en realizar esfuerzo alguno para entender la política implementada al interior de la empresa en la creación de diferentes grupos de trabajadores dependiendo de los diferentes regímenes de cesantías o de pensión en la que se encontraban, y así poder concluir si, los términos en que había sido pactada la naturaleza y el pago del referido concepto estímulo al ahorro, se ajustaba a las condiciones legales para determinar si ese pago tenía o no carácter salarial para los demandantes.

Es decir, su raciocinio se limitó a concluir que existía trato discriminatorio por cuanto para los trabajadores nuevos tal estipendio tenía incidencia salarial y no para los antiguos, sin ahondar ni analizar las razones expuestas por la demandada, y menos hacer un ejercicio comparativo de la presunta desigualdad, para lo cual resultaba necesario analizar los elementos probatorios para que, con fundamento en ello, se pudiera concluir si, la conducta de la empleadora resultaba ajustada a derecho al haber para dado ese trato diferencial.

Con apoyo en ello, le asiste razón a la censura porque el Tribunal no realizó un análisis fáctico de la situación de los demandantes con respecto de los restantes grupos de labor, que le permitiera derivar lo que concluyó, esto es, la existencia de un trato discriminatorio de la recurrente frente

a los demandantes.

Así lo estimó la Sala en un caso similar al presente, en donde la hoy recurrente planteaba similares argumentos, para lo cual en CSJ SL1399-2019 explicó lo siguiente:

[...] El fallador de segundo grado decidió que el pago del estímulo al ahorro constituía factor salarial, sin explicar por qué llegó a ese convencimiento, pues su argumento se redujo a indicar que como otros trabajadores lo recibían como salario, resultaba discriminatorio para la actora no percibirlo con el mismo carácter, sin hacer mención como lo señala el recurrente a ninguna prueba que lo llevara a tal convicción, no obstante que para llevar a cabo el ejercicio comparativo por la presunta desigualdad, era necesario el examen de los medios probatorios que le hubieran permitido llegar a su convencimiento.

Adicional a lo anterior, necesario es remitirse a los artículos 127 y 128 del CST:

[...]

De lo transcrito, no se puede llegar a un entendido distinto de la ley, en cuanto a que las partes válidamente pueden pactar que algunos pagos que perciban, no constituyan factor salarial, sin que ello signifique que tienen la posibilidad legal de desconocer que sumas de dinero que por su naturaleza son salario, dejen de serlo.

Conviene recordar que, de antaño, esta Sala ha enseñado que «el salario aparece así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para poner la disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica -contrato de trabajo en relación legal y reglamentaria- que regule la prestación personal subordinada de servicios.» Radicación 5481 del 12 de febrero de 1993.

Con ese mismo criterio, en la sentencia con radicación n.º 39475 del 14 de junio de 2012 en la que se reprodujo lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2005, se expuso lo siguiente:

[...]

Luego, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario,

sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del *estímulo al ahorro* por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió la actora a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL «*basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna [...]*», f.º 7.

Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario y que al parecer-porque no se detuvo en ese análisis fáctico- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, cuando debió realizar el juicio hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el *estímulo al ahorro* acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional [...].

De otra parte, tal y como esta colegiatura ya ha tenido oportunidad de precisarlo, la igualdad que se predica de quienes dicen haber sido tratados discriminadamente, debe ser objetiva y no formal, lo que implica que se parte de la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, de ahí que es completamente válido dar un trato diferente si está debidamente justificado.

Con ese norte, no constituye un trato discriminatorio ni viola el derecho a la igualdad que el estímulo al ahorro sí constituya salario para los trabajadores de Ecopetrol que se vincularon con posterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990 porque ellos tienen un régimen prestacional diferente

al personal antiguo y, por ende, resulta razonable que la empresa hubiera aplicado de forma diferente el pago del referido estímulo en la medida que los trabajadores estaban regidos por distintos sistemas de remuneración de sus diferentes acreencias laborales.

En efecto, la Sala al analizar el tema precisó:

De otro lado, debe decirse, que el hecho de que el citado estímulo al ahorro sí constituya salario para los trabajadores de Ecopetrol S.A. que se vincularon con posterioridad a la vigencia de la Ley 50 de 1990, porque ellos tienen un régimen prestacional diferente al personal antiguo; la Sala considera que no genera un trato discriminatorio ni viola el derecho de igualdad como equivocadamente lo concluyó el Tribunal, pues los dos grupos de trabajadores, es decir, los que iniciaron su contrato de trabajo antes de la citada normativa y los que lo hicieron con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran cobijados por situaciones prestacionales diferentes.

En efecto, frente a esta precisa súplica, se recuerda que el principio de igualdad se traduce en la garantía de que no se contemplen excepciones o privilegios que exceptúen a unas personas o grupos de éstas, de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, por manera que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias constitutivas de ellos. La igualdad que consagra el artículo 13 de la CN tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado.

Por ello, en cuanto a este beneficio, resulta completamente razonado que Ecopetrol S.A. hubiera aplicado de forma diferente el pago del estímulo al ahorro entre quienes se vincularon laboralmente antes de la Ley 50 de 1990 y quienes lo hicieron una vez vigente esta normativa sometidos a la liquidación de su cesantía sin retroactividad y, por ende, con otro régimen prestacional, ya que, se insiste que, por estar regidos por normativas diferentes el trato desigual que les dio la empresa se encuentra para el caso objeto de estudio, objetivamente justificado, pues más bien trata de allanar la diferencia que creó la propia ley (CSJ SL1279-2018, reiterada en CSJ SL2467-2019).

Con posterioridad, al analizar un caso en donde se planteaban argumentos similares a los expuestos en el cargo que hoy se analiza, la Corte recalcó que el trato diferente en punto al carácter salarial o no del estímulo al ahorro estaba plenamente justificado debido a la antigüedad, al régimen de cesantías retroactivo y por pertenecer al personal directivo. En ese sentido, destacó que el principio de igualdad se orienta a que no se establezcan privilegios para unas personas respecto de otras que se encuentran en idénticas circunstancias, lo que implica que es válido dar un trato diferente siempre y cuando esté razonablemente justificado.

Así, la Corte consideró que estaba debidamente soportado dar un trato diferente a los trabajadores respecto del carácter salarial o no del estímulo al ahorro, debido a los diversos regímenes de los trabajadores de Ecopetrol. Para ello, sustentó su determinación en los siguientes términos:

[...]

Y es que, si el fallador de segundo grado hubiera realizado un estudio sensato de las normas y de lo que dicen las partes, no habría llegado al equívoco sobre la violación al principio de igualdad, por cuanto esta garantía se orienta a que no se establezcan privilegios para unas personas respecto de otras que se encuentran en idénticas circunstancias. De manera que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias en que se encuentren los sujetos. La que consagra el artículo 13 de la C.P. tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado.

En el presente asunto, el tribunal llegó a la conclusión del trato desigual limitándose a afirmar que la incidencia salarial del estímulo al ahorro se aplicó para los trabajadores nuevos y no para los antiguos por razón de los diferentes regímenes que existían en la demandada, sin realizar ninguna consideración

adicional de la situación fáctica de la demandante respecto de los demás referentes para predicar el trato discriminatorio. De manera que también incurrió en la aplicación indebida las normas que sobre el asunto se denunciaron en el segundo cargo, por cuanto como se explicó, le hizo producir unos efectos distintos a la propia naturaleza de los artículos 127 y 128 del CST, sino también a los relacionados con el derecho a la igualdad.

[...]

Conforme se observa, la diferencia salarial se presentó por razones objetivas por lo que el principio consagrado en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a que a trabajo igual salario igual no tiene aplicación automática en este asunto, sino que el trato desigual encuentra justificante en las condiciones laborales de la actora relacionados con la antigüedad -21 años-, el régimen de cesantías -retroactivo- y que pertenecía al área de personal Directivo acuerdo 01, pero además porque en el proceso no se demostró que desempeñara el mismo cargo, en jornada laboral y condiciones de eficiencia igual respecto de otros trabajadores de la entidad a los que afirma les pagaban esta suma como factor salarial (CSJ SL1399-2019).

Por demás, la Corte advierte que si bien es cierto que los acuerdos que celebren libremente las partes del contrato de trabajo no pueden restarle naturaleza salarial a lo que en realidad sí lo es, lo cierto es que el colegiado concluyó que el estímulo al ahorro constituía salario, pero sin realizar un análisis jurídico ni fáctico, del cual se pudiera advertir los elementos característicos para determinar que la suma pagada tenía tal naturaleza.

Con apoyo en lo expuesto, siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte vigente a esta fecha, a la que está sometida esta colegiatura en virtud de lo previsto por la Ley 1781 de 2016, por medio de la cual se modificaron los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996, la Sala concluye que el Tribunal se equivocó al colegir la existencia de un trato desigual, sin haber analizado la

situación fáctica de los actores respecto de los demás referentes de comparación, lo que lo condujo a afirmar que no era legítimo dar un trato diferente a trabajadores que estaban cobijados por regímenes distintos.

En consecuencia, al demostrarse la existencia de los yerros jurídicos endilgados, el cargo prospera.

Con fundamento en ello, la Sala queda relevada de adentrarse en el análisis de los cargos segundo, tercero y cuarto en donde se cuestionaba la imposición de las condenas pese a que no se probó el valor pagado por concepto de estímulo al ahorro, la falta de condena en concreto y la indemnización moratoria por existir buena fe.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

El juez de primera instancia luego de precisar que entre las partes existió una relación laboral y que los actores se desempeñaron en cargos de nivel directivo, indicó que era procedente la incidencia salarial de lo pagado por concepto de estímulo al ahorro por vulnerar el derecho a la igualdad, pues, en su criterio, lo regulado en la política de compensación era un procedimiento discriminatorio, ya que el trato distinto no estaba fundado en algún fin admitido constitucionalmente.

Además, precisó que la cláusula suscrita entre las partes resultaba ineficaz y, por tanto, no tenía la virtualidad de desmejorar la situación jurídica de los actores y no tenía sustento en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Al respecto, destacó que los trabajadores se encontraban en inferioridad negocial y *«muy seguramente el estado de necesidad que estaban viviendo que los pudieron constreñir a consentir esas condiciones de trabajo»*, violándose, además, los principios constitucionales de protección al trabajador e irrenunciabilidad del derecho.

En consecuencia, determinó que los demandantes tenían derecho a la incidencia salarial del estímulo al ahorro, para lo cual definió la fecha desde la cual debía reconocerse teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción, debiéndose reliquidar las prestaciones, pero descontando lo que se le hubiese podido cancelar a cada trabajador ante la eventualidad de haberse formulado una acción de tutela y pagado esa incidencia salarial.

Consideró que por tener incidencia salarial el referido beneficio, era procedente condenar a la empresa demandada por el incremento correspondiente a Cavipetrol.

Por último, halló viable la indexación de las sumas adeudadas, hasta cuando se haga efectivo su pago total. Además, condenó a la indemnización moratoria porque la demandada no tuvo un actuar revestido de buena fe, con fundamento en el artículo 65 del CST.

La parte demandada formuló recurso de apelación cuestionando todas las condenas. Al respecto indicó que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia CC T536-2011 no es discriminatoria la aplicación de regímenes salariales distintos para trabajadores de Ecopetrol, por ser legítimo un trato diferente entre los trabajadores nuevos y los próximos a pensionarse, máxime cuando el estímulo al ahorro se utilizó como un mecanismo para establecer una determinada equidad.

Agregó que el beneficio extralegal aludido no tiene incidencia salarial, pues se ajustó a lo previsto en las normas aplicables. Para ello, citó la providencia CSJ SL, 24 abr. 2004, rad. 27851, y destacó que siempre existirán pagos que, aun reconocidos de forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio, así como que, conforme al artículo 15 de la Ley 50 de 1990, es viable que algunos pagos puedan excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios, sin que ello implique violación algún precepto legal o constitucional.

Por último, contravirtió las condenas por concepto de indemnización moratoria e indexación. La primera porque no existió un actuar de mala fe y la segunda, porque no fue reclamada en el escrito inicial y resultar incompatible con la indemnización moratoria.

Pues bien, frente a la violación al derecho de igualdad, tal temática fue analizada en sede de casación en punto a que, conforme al criterio de la Sala, era legítimo dar un trato distinto a trabajadores que están regidos por regímenes prestacionales o salariales diferentes.

De otra parte, en cuanto a la naturaleza del estímulo al ahorro y si resultaba ineficaz lo pactado entre los actores y la demandada para restarle incidencia salarial, la Corte en instancia encuentra lo siguiente:

Para determinar que un pago tiene connotación salarial, se requiere además de la periodicidad, que su naturaleza sea la de *retribuir directamente el servicio*. De ahí que, no es la denominación o calificativo que le hayan dado las partes a los beneficios lo que determina su verdadera naturaleza.

La remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente «*próxima o inmediata*» en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, depende directamente de lo que «*haga o deje de hacer*». Sobre el particular, en CSJ SL, 27 may. 2009, rad. 32657, reiterada entre otras en CSJ SL7820-2014, CSJ SL435-2019 y CSJ SL2467-2019, explicó qué se entiende por retribución directa del servicio en los siguientes términos:

Pues bien. Remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra venero en el trabajo realizado por el empleado.

De tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente, sin rodeos, la contraprestación económica de parte del empleador.

Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero o en especie.

A no dudarlo, el carácter de retribución directa pasa a ocupar un sitio elevado a la hora de definir la naturaleza salarial de un determinado pago o beneficio, en dinero o en especie, que recibe el trabajador.

Ese carácter de retribución directa que se erige en nota distintiva del salario, en cuanto traduce la remuneración próxima o inmediata, por oposición a la lejana o mediata, que recibe el trabajador por el servicio prestado, es una consecuencia natural y lógica de los rasgos de bilateralidad u onerosidad, que acompañan al contrato de trabajo o a la relación legal y reglamentaria, en cuya virtud éstas generan naturalmente obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes, y en ellos está presente, por lo general, el ánimo especulativo o lucrativo de ambas partes.

En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala al analizar los artículos 127 y 128 del CST ha explicado que si bien en esta última disposición se ha concedido la libertad para calificar qué es salario, ello no implica que las partes puedan desconocer la naturaleza salarial respecto de aquellos pagos que por su naturaleza lo son (CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25734, y CSJ SL 13 jun. 2012, rad. 39475).

Ahora, a través de sendas comunicaciones dirigidas por la demandada a cada uno de los actores, la empresa les propuso la inclusión de una cláusula adicional al contrato de trabajo en la que se pacte que el monto pagado por estímulo al ahorro no constituya salario, tales documentos, entre

otros, fueron emitidos en las fechas que a continuación se relacionan y en donde se incluye la siguiente cuantía:

Demandante	Fecha comunicación	Valor estímulo al ahorro	Folios
Álvaro Mauricio Aránzazu Reyes	16/09/2008	\$4.740.200	193 anexo 3
Antonio De Jesús Long Álvarez	24/06/2008	\$838.700	181 anexo 3
Argelio Romero Racero	18/12/2007	\$1.247.500	51 anexo 3
Carlos Fernando Rueda Silva	18/01/2008	\$2.231.600	408 cuaderno ppal.
Claudia Patricia Soto Tavera	18/12/2007	\$1.416.800	38 anexo 1
Guillermo José Medina Salgado	16/09/2008	\$1.647.400	107 anexo 1
Héctor Alfonso Jaimes Jaimes	26/12/2008	\$5.098.200	168 anexo 1
Hernando José Lakah Durango	2/02/2009	\$1.693.600	217 anexo 1
Hugo Jerez Mateus	19/12/2007	\$1.497.600	262 anexo 1
Jesús Emilio Olaya Benítez	11/01/2008	\$1.331.200	214 anexo 3
Jorge Enrique Pérez Valderrama	26/12/2008	\$1.666.300	377 anexo 1
José Edgar Sánchez Camargo	16/09/2008	\$1.141.700	36 anexo 2
José Luis Villalba Severiche	24/06/2008	\$443.300	151 anexo 3
Manuel Laureano Núñez Isaza	17/09/2008	\$4.539.300	130 anexo 3
Maria Isabel Cardona Salazar	2/01/2009	\$424.000	178 anexo 2
Nelson Ávila Rodríguez	16/09/2008	\$1.681.900	226 anexo 2
Vicente Gómez Ramírez	11/12/2008	\$4.405.100	273 anexo 2

Las comunicaciones dirigidas son similares y su contenido es el siguiente:

[...] Estimado (a) Señor (a):

La empresa en aplicación de la nueva Política de Compensación, basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna, ha aprobado un Estímulo al Ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios que realizará la empresa a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) que usted elija, por una suma inicial de [...] que será variable y condicionada en función de la política.

En ese sentido se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo: “Sobre el monto del estímulo al ahorro efectuado por el empleador, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto”

En señal de aceptación y con el propósito de perfeccionar el reconocimiento, le agradecemos enviar a la Regional de Gestión Humana y/o Coordinación de Servicios al Personal respectiva de la Dirección de Relaciones Laborales y Desarrollo copia firmada de esta comunicación junto con la copia de la afiliación a la AFP [...]a efecto de ser consignado por ECOPETROL S.A. en la entidad administradora correspondiente.

Queda entendido, que solo a partir de la fecha de recibo de los documentos antes relacionados en las dependencias mencionadas en el párrafo anterior, se surtirán los efectos respectivos.

Así mismo, es del caso mencionar que la escogencia del portafolio de inversión del estímulo al ahorro aquí previsto con la AFP seleccionada, es realizada bajo responsabilidad exclusiva del trabajador. [...]

En similares condiciones aparecen otras comunicaciones, las cuales corresponden a las datas señaladas en el cuadro anterior, en donde se informa el valor de estímulo al ahorro mensual a través de aportes voluntarios a la AFP de su preferencia y se les propone la adición de la siguiente cláusula a su contrato de trabajo:

[...] En este sentido, se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo vigente: “ las partes expresamente convienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo de del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro económico que pueda llegar a reconocer esta sociedad, considerando que tiene connotación de ser variable y condicionado en función de la política de compensación vigente, al cargo desempeñado y la estructura salarial de ECOPETROL S.A. no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales que le correspondan al trabajador”[...]

Como se advierte de la lectura de los documentos reseñados, los actores y la empresa, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 128 del CST, acordaron el pago de un estímulo al ahorro de carácter variable, el cual se cancelaría por aportes voluntarios a través del fondo de pensiones que cada trabajador eligiera y no constituiría salario. Asimismo, dan cuenta de que los trabajadores aceptaron el ofrecimiento, pues los firmaron en señal de asentimiento.

Dado que el beneficio mencionado no fue otorgado para retribuir el servicio de los demandantes sino para «*mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional*» (CSJ SL1399-2019), era válido excluir dicha prerrogativa de la base salarial para liquidar las prestaciones. Lo anterior por cuanto, se insiste, para considerar que un pago configura salario, no basta con que se realice de manera habitual o que sea una suma fija o variable, pues lo que se debe analizar es si su finalidad es remunerar de manera «*directa*» los servicios prestados por el trabajador, por lo que, al tratarse de una suma de dinero percibida a través de aportes voluntarios que les eran consignados al fondo de pensiones, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que no retribuye directamente los servicios del trabajador, no obstante su periodicidad.

En efecto, la Sala en decisión CSJ SL1279-2018 precisó:

Conforme a lo dicho, como en el acuerdo transcrito en renglones anteriores de adición al contrato de trabajo, se consignó claramente que el pago acordado por «estímulo al ahorro» se aplicaría a través del fondo de pensiones que la trabajadora eligiera, es dable entender que no fue otorgado para retribuir el servicio de la demandante, no obstante, su periodicidad de entregase mensualmente, y por ello, bajo la órbita de lo que muestra tal prueba documental, no puede tenerse en rigor como salario.

De suerte que, resultaba válido para el empleador demandado, excluir dicho rubro de la base salarial para liquidar prestaciones sociales, que se itera, su carácter no salarial fue aceptado por la actora quien pertenecía al antiguo régimen prestacional de cesantías, máxime que la censura no alude a la existencia de algún vicio del consentimiento.

En la misma dirección, esta corporación explicó que, para determinar si una suma tiene carácter salarial, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad, característica que no se predica del estímulo al ahorro por tratarse de una suma de dinero que percibieron los actores a través de aportes voluntarios que les eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecían, cuyo origen se fincó en la política de compensación salarial de la demandada.

A partir de allí, determinó que el pacto de exclusión salarial de tal beneficio era válido, aún más cuando no se prueba desmejora en los derechos mínimos del trabajador o en sus condiciones. Así lo explicó:

En primer lugar, y dada la orientación del ataque, no es objeto de discusión por parte de la censura, los supuestos fácticos establecidos por el tribunal, en cuanto que existió una clasificación de la fuerza laboral de Ecopetrol, en cuatro grupos; que a través de la comunicación (folios 168 a 169), la empresa en aplicación de la nueva política de compensación, le informó sobre

la aprobación de un “estímulo al ahorro”, que consistía en aportes voluntarios a la AFP de acogencia del actor; que en el referido comunicado, se puso a su consideración la cláusula adicional al contrato de trabajo, en los siguientes términos: *“Sobre el monto del estímulo al ahorro efectuado por el empleador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto”*; y que en similar comunicación (folios 170 -171), Ecopetrol le especificó y colocó de presente al actor, la cláusula que se agregaría a su contrato de trabajo así: *“Las partes expresamente convienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro que pueda llegar a reconocer esta Sociedad, considerando que tiene la connotación de ser viable y condicionado en función de la política de compensación vigente, el cargo desempeñado y la estructura salarial de ECOPETROL S.A., no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extranjeras que le corresponda al trabajador”*, la cual fue suscrita por el actor en señal de aceptación.

En ese orden, le compete a la Sala dilucidar, si atinó el tribunal al señalar que si bien el artículo 127 el C.S.T., establece que el pago habitual y continuó ya sea en dinero ora en especie que retribuye directamente el servicio debe ser catalogado como salario para todos los efectos legales, también es cierto que, a partir de la modificación que le introdujo el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al canon 128 del C.S.T., declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, podrían ser considerados sin incidencia salarial, en razón de lo acordado expresamente por las partes, situación que fue la que justamente aconteció en el caso bajo examen, donde Ecopetrol en las comunicaciones visibles a folios 168 a 169 y 170 y 171, había puesto en consideración del actor, y este a su vez, había aceptado que el “estímulo al ahorro” no constituía salario.

O si por el contrario, le asiste razón a la censura cuando aduce, que se equivocó en la interpretación de la referida disposición, al no determinar que el pacto contractual aceptando que el “estímulo al ahorro” no constituía salario, era ineficaz, por considerar que lo que se pretendió con la denominación que se dio, fue cambiar la naturaleza remunerativa de dicho pago.

Bajo el anterior escenario, en primer lugar, vale traer a colación lo adocinado por esta Corporación sobre la exégesis de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, entre otras, en la sentencia CSJSL 5621- 2018, en que sostuvo:

Para responder al reproche planteado por el recurrente en este aspecto, se hace necesario recordar que esta Sala ha dicho de manera reiterada y pacífica que la facultad prevista en la Ley 50 de 1990 artículos 14 y 15, que modificaron los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo, no consagran la libertad al empleador o a las partes para determinar que un pago remuneratorio del servicio personal deja de serlo por virtud de ese acuerdo.

Esta Sala en la sentencia SL7820-2014 radicación n.º 438 del 18 de junio de dos mil catorce 2014, acerca de la interpretación del artículo 127 del C.S.T. expuso:

Es decir, para el impugnante, el presupuesto de la naturaleza salarial consistente en que el pago se haga como contraprestación directa del servicio se deriva de la sola condición de ser trabajador para quien lo sufraga, lo cual es equivocado, por cuanto, de aceptarse esta tesis, se llegaría a la situación de que todo lo que recibe el trabajador de su empleador, por el solo hecho ser trabajador, es salario, inteligencia que no se desprende del artículo 127 en comento, toda vez que esta exige de forma clara, para que un pago sea considerado como salario, **que se haga como retribución directa del servicio**. Negrillas del texto.

En la sentencia SL9827-2015 radicación n.º 46167 de 29 de julio de 2015, sobre el alcance del artículo 128 del CST, esta Sala de la Corte, explicó:

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...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.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475).

De conformidad con lo expuesto, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió el actor a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL.

Así las cosas, se concluye que el tribunal no aplicó de manera indebida las normas sustantivas denunciadas, porque con absoluta razonabilidad, determinó que el estímulo al ahorro acordado entre las partes acá en litigio, no era entregado al trabajador para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional.

Y con ese mismo criterio, al reiterar la sentencia CSJ SL, 14 jun. 2012, rad. 39475, en la CSJSL 1399- 2019, expreso:

[....]

En virtud de esa línea jurisprudencial, y dado a que como ya se advirtió, no se controvierten los supuestos fácticos establecidos por el *ad quem*, dada la orientación jurídica de cargo, y que las partes acordaron la adición al contrato de trabajo, para establecer que el “*estímulo al ahorro*” que 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, no tendría connotación salarial, resulta palmario para esta Sala que el referido estímulo al ahorro ostentaba una naturaleza distinta a la de salario, pues se trataba de un pago que dada su propia finalidad, era evidente que no tenía como propósito retribuir el servicio personal prestado por el demandante, a pesar de su habitualidad; de consiguiente, lo convenido entre las partes ahora en litigio es válido, máxime cuando no se demostró desmejora en los derechos mínimos del trabajador o desmejora en sus condiciones, pues solo en dicho evento hubiere resultado ser ineficaz lo pactado. Al efecto, vale consultar la sentencia CSJ SL 9058- 2014. (CSJ SL4850-2019).

Así las cosas, le asiste razón a la empresa apelante en su reparo, porque el juez erró al definir que el acuerdo celebrado era ineficaz, sin detenerse a analizar el contenido de éste, ni menos aún determinar la naturaleza y finalidad del beneficio extralegal, el que, por las razones explicadas en precedencia, no tenía carácter salarial y, por ende, el pacto de exclusión salarial tenía plena validez. En consecuencia, procede la revocatoria de la reliquidación ordenada con fundamento en el carácter salarial del estímulo al ahorro.

Como quiera que las restantes condenas impuestas fueron consecuenciales, también es viable su revocatoria, pues, por sustracción de materia no es necesario adentrarse a estudiar la reliquidación ordenada, como tampoco la indemnización moratoria e indexación originadas en no haber tenido en cuenta la incidencia salarial del estímulo al ahorro que, por lo analizado, no tuvo prosperidad.

Además, teniendo en cuenta el resultado del proceso, la Corte declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Por lo expuesto, la Corte revocará íntegramente la decisión de primera instancia y, en su lugar, absolverá a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y declarará probada la excepción ya indicada.

Las costas de primera instancia serán a cargo de la parte actora. Sin costas en la alzada.

X. 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 5 de septiembre de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ÁLVARO MAURICIO ARÁNZAZU REYES, ANTONIO DE JESÚS LONG ÁLVAREZ, ARGELIO ROMERO RACERO, CARLOS FERNANDO**

RUEDA SILVA, CLAUDIA PATRICIA SOTO TAVERA, GUILLERMO JOSE MEDINA SALGADO, HÉCTOR ALFONSO JAIMES JAIMES, HERNANDO JOSÉ LAKAH DURANGO, HUGO JEREZ MATEUS, JESÚS EMILIO OLAYA BENÍTEZ, JORGE ENRIQUE PÉREZ VALDERRAMA, JOSÉ EDGAR SÁNCHEZ CAMARGO, JOSÉ LUIS VILLALBA SEVERICHE, MANUEL LAUREANO SEGUNDO NÚÑEZ ISAZA, MARÍA ISABEL CARDONA SALAZAR, NELSON ÁVILA RODRÍGUEZ y VICENTE GÓMEZ RAMÍREZ contra **ECOPETROL S. A.**

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2013 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: Las costas de primera instancia a cargo de la parte actora. Sin costas en la alzada.

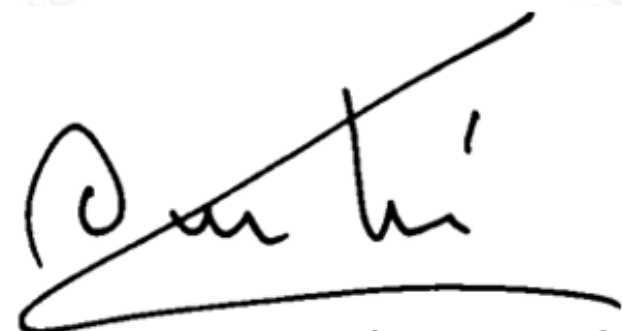
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

NORMLEX

Information System on International Labour Standards

[Search](#) | [User guide](#) | [Glossary](#)

Direct Request (CEACR) - adopted 2018, published 108th ILC session (2019)

Colombia

Minimum Wage-Fixing Machinery Convention, 1928 (No. 26) (Ratification: 1933)

Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95) (Ratification: 1963)

Minimum Wage Fixing Machinery (Agriculture) Convention, 1951 (No. 99) (Ratification: 1969)

Display in: [English](#) - [French](#)[View all](#) | [Printable version](#)

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

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

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

Salario Mínimo

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

Protección del Salario

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

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

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

Artículo 4 del Convenio núm. 95 y artículo 2 del Convenio núm. 99. Pago del salario en especie. La Comisión toma nota de que en sus observaciones la CGT indica que en el sector agrario, es usual que se incumpla con el máximo establecido por el CST para el pago del salario en especie. La Comisión observa que el artículo 129 del CST limita el pago parcial en especie al 50 por ciento de la totalidad del salario y al 30 por ciento cuando el trabajador devengue el salario

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

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

Artículo 4 de los Convenios núms. 26 y 99, y artículo 15 del Convenio núm. 95. Inspecciones y sanciones. La Comisión toma nota de que en sus observaciones: i) la CTC y la CUT señalan que las sanciones impuestas son muy pocas en comparación con los casos de incumplimiento de las normas sobre salarios, y ii) la CGT denuncia la ausencia de inspección rural efectiva que conlleva a altas tasas de informalidad así como al incumplimiento del pago del salario mínimo legal vigente. La Comisión toma nota de que el Gobierno: i) proporciona información sobre las acciones preventivas de los inspectores del trabajo, el número de investigaciones iniciadas, las resoluciones ejecutorias y las sanciones impuestas en materia de salario, y ii) detalla los avances logrados en la implementación del Sistema de Información, de Inspección, Vigilancia y Control del Trabajo. ***La Comisión espera que las medidas adoptadas en este contexto den lugar a progresos en el cumplimiento con las normas en materia de salarios y pide al Gobierno que proporcione información al respecto. También señala que estos temas son examinados en el marco del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y del Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).***