



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

**Magistrado ponente**

**SL5146-2020**

**Radicación n.º 69731**

**Acta 37**

Bogotá, D. C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020).

La Sala decide el recurso de casación que **JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ CAMACHO** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga profirió el 21 de agosto de 2014, en el proceso ordinario laboral que el recurrente promueve contra la **COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LIMITADA-COPETRAN**.

**AUTO**

Se reconoce sustitución de poder a los abogados Sandra Milena García Meza y John Carmona Espitia, en los términos indicados en el documento que obra a folio 52 del cuaderno de la Corte.

Acéptese la renuncia de la abogada Sandra Milena García Meza, toda vez que cumple con los requisitos legales, según comunicaciones que obran a folios 54 y 55 del cuaderno de la Corte.

## **I. ANTECEDENTES**

El actor solicitó que se declare la ineficacia de su despido que ocurrió el 6 de octubre de 2011 *«cuando se desempeñaba en el cargo de representante electo de los trabajadores en el comité de convivencia laboral establecido en la Ley 1010 de 2006»* y que, como consecuencia, se disponga su reintegro al cargo que desempeñaba o, a otro de igual o similar categoría y remuneración, en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio 135 y la Recomendación 143 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- *«que otorga protección eficaz a los representantes de los trabajadores contra todo acto que los perjudique, en particular contra los despidos»*, junto con el pago de los salarios y demás acreencias que dejó de percibir durante el tiempo que estuvo cesante. Requirió también el reajuste de sus prestaciones sociales y demás obligaciones laborales, teniendo en cuenta el salario real que percibía, esto es, \$1.846.346, con la correspondiente indexación, lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas procesales.

En subsidio de lo anterior, demandó el pago de la indemnización consagrada en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignarle las cesantías en forma completa; la indemnización prevista en el artículo 65

del Código Sustantivo del Trabajo, y el reajuste de las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones.

En respaldo de sus aspiraciones, relató que se vinculó laboralmente con la accionada a través de contrato de trabajo a término fijo, que se ejecutó entre el 17 de noviembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011, para desempeñar las labores de conductor; que devengaba un *salario mensual variable* que se pagaba en la primera quincena de cada mes, así como un salario mínimo y una cifra global mensual correspondiente a recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo, sumas que se consignaban en una cuenta de ahorros del Banco de Bogotá, y que dichas sumas retribuían directamente su servicio y tenían la connotación de salario.

Agregó que también obtenía otros ingresos en efectivo al comienzo de cada ruta para subvencionar los gastos de viaje, que no constituían salario por acuerdo entre las partes; que en su cuenta de ahorros no se consignó sumas destinadas a cubrir gastos de viaje, combustible, tasas de uso o parqueadero, y que, conforme a ello, su salario real ascendía a la suma de \$1.846.346.

Señalo que la empresa liquidó sus prestaciones sociales, cotizaciones a la seguridad social y demás acreencias con base en el salario mínimo y el trabajo suplementario y no incluyó como salario los rubros que pagaba en la primera quincena de cada mes, ingresos que correspondían a un porcentaje del 4% del producido bruto

del vehículo que manejaba, tal como se definió en un pacto colectivo, de modo que tenían carácter salarial.

Manifestó que el «1 de junio de 2009» fue electo como representante de los conductores ante el comité de convivencia laboral y fue reelegido para un segundo período el 15 de junio de 2011; y que, en ejercicio de esa función, presentó varias reclamaciones ante la empresa y el Ministerio de Trabajo relacionadas con las condiciones de trabajo, los descansos entre ruta y ruta, los camarotes de los vehículos en los cuales tenían que dormir, el tema salarial y el cumplimiento de las disposiciones de salud ocupacional y seguridad industrial.

Agregó que el 28 de marzo de 2011 formuló derecho petición a esta última entidad gubernamental y le puso en conocimiento las extensas jornadas de trabajo de los conductores de pasajeros al servicio de la accionada y el no pago de la jornada de horas extras correspondiente. Igualmente, que mediante Resolución 0788 de 20 de junio de 2011 se impuso a COPETTRAN multa por valor de \$8.034.000 por trasgresión a las disposiciones legales que regulan la jornada laboral diaria de los trabajadores.

Asevera que la anterior gestión le generó inconvenientes con directivos de la empresa, quienes lo empezaron a descalificar por defender los derechos laborales de los conductores de transporte de pasajeros; que el 15 de junio de 2011 sufrió un accidente de trabajo que lo incapacitó hasta el 5 de octubre de 2011, y que el 6 de octubre de 2011

fue despedido sin justa causa *«por su condición de representante de los trabajadores, por cuanto desde su posición en el comité de convivencia laboral se constituyó en un fuerte crítico del incumplimiento de las normas laborales por parte de la accionada, exigiendo que se respetaran los derechos sociales de sus representados»* (f.º 2 a 23).

Al dar respuesta al escrito inaugural, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En relación con los hechos en que se fundamentan, admitió como ciertos los relativos a la existencia de la relación laboral, la labor que desempeñó el actor y sus extremos; el pago de varios rubros al trabajador y la negación del carácter salarial de los gastos de viaje, por haberse suscrito un acuerdo entre las partes en ese sentido; que las cotizaciones al sistema de seguridad social se efectuaron con base en el salario mínimo y el trabajo suplementario; la expedición del pacto colectivo, con la aclaración que el mismo fue posterior a la relación laboral que se discute; la elección del actor como miembro del comité de convivencia laboral y la presentación de reclamaciones e indicó que *«como cualquier ciudadano puede acudir ante las autoridades a exponer sus ideas»*; la ocurrencia del accidente de trabajo y el despido sin justa causa. Respecto a los demás, expresó que no eran ciertos o que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones que denominó: *«pago total de los créditos causados durante la relación laboral con (...) Copetran»*, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada (f.º 237 a 251).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de fallo de 7 de abril de 2014, el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga decidió (f.º 322 y 323 y Cd. 3):

*PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante (...) y (...) COPETRA (...) existió un contrato de trabajo desde el 17 de noviembre de 2009 al 6 de octubre de 2011, tal y como se anunció en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA "COPETRA", a cancelar al demandante JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ CAMACHO por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones la suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$5.528.185.33) autorizando a la empresa demandada a descontar de estos valores el dinero que ya fue cancelado por esos conceptos conforme a la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA COPETRA a cancelar al demandante la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$1.372.697), por concepto de saldo insoluto de indemnización por despido injusto.*

*CUARTO: CONDENAR a la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA COPETRA a cancelar al demandante un día de salario por cada día de retardo el equivalente a un día de salario diario (\$54.774), esto es desde el 7 de octubre de 2011 hasta que se lleve a cabo el pago del pasivo prestacional insoluto conforme dispone el artículo 65 del CST.*

*QUINTO. ABSOLVER a la COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA COPETRA de las restantes pretensiones formuladas por la parte actora, atendiendo las consideraciones previamente citadas.*

*SEXTO: CONDENAR en costas (...)*

Las referidas condenas las impuso al considerar que los rubros que la accionada pagó al demandante a título de

*gastos de viaje*, en realidad, constituían salario por retribuir directamente sus servicios.

### III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de las partes, a través de sentencia de 21 de agosto de 2014, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga revocó parcialmente la decisión del *a quo* y absolvió a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Asimismo, impuso costas en las instancias al demandante (f.º 335 y 336 y Cd.4).

Para los fines que interesan al recurso extraordinario de casación, el *ad quem* planteó como problemas jurídicos a resolver, si los gastos de viaje constituían salario, conforme el recurso de la demandada; y si había lugar al reintegro, como lo adujo el actor.

Respecto de lo primero, aludió a lo previsto en los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo en torno a los rubros que constituyen «salario», así como al artículo 128 *ibidem*, frente a los pagos que no tienen ese carácter. Asimismo, citó la sentencia CSJ SL, 12 feb. 1993, rad. 5481 y destacó que los pagos que remuneran directamente el servicio son salario y no dejan de serlo por la simple manifestación del empleador o por el acuerdo individual o colectivo entre las partes, pues lo que realmente estipula la norma es que los «pagos que son salario pueden no obstante

*excluirse de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales».*

También refirió las sentencias C-521-1995 y C-710-1996 de la Corte Constitucional e indicó que tal Corporación ha establecido que el carácter salarial de los pagos depende de la forma en la que se desenvolvía la relación laboral y no de la existencia de un *«texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal»*, en la medida en que la realidad prima sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, de modo que si un pago no es considerado salario, pese a que retribuye directamente el servicio, el juez del trabajo debe hacer las declaraciones pertinentes.

No obstante, mencionó que conforme lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 era posible hacer un acuerdo de *desalarización*. Al respecto, señaló:

*(...) dichas sumas habituales y que retribuyen directamente la prestación del servicio se pueden excluir de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, es decir que, a pesar de ser salario dichas sumas, estas pueden no constituir factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, a la luz del pacto que conforme al artículo 15 de la Ley 50 de 1990 se haga, es lo que se llama el pacto de desalarización y puede ser acordado siempre y cuando no se trate de desnaturalizar aquellos factores que por su esencia misma son salario.*

Para el caso concreto, señaló que en las cláusulas adicionales al contrato de trabajo se pactó entre las partes que (f.º 254 y 258):



*(...) mientras el trabajador desempeñe el cargo de conductor titular del bus identificado con placas XVV351 recibirá un anticipo para gastos de viaje en cuantía cuyo valor será libremente acordado entre las partes, que se calculará con el porcentaje del producido bruto del vehículo y que podrá pagarse directamente por la empresa o por el asociado según decisión de Copetran, la forma de pago podrá modificarse periódicamente por parte del empleador. El trabajador acepta de manera expresa que este auxilio no constituye salario para ningún efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.*

Conforme lo anterior, explicó que los pagos realizados al trabajador durante la primera quincena de cada mes tenían la denominación «abono dispersión pago nómina Copetran» y, según los extractos del Banco de Bogotá aportados al proceso, no era posible determinar la razón por la cual eran sufragados por la empresa ni su naturaleza o las características propias del salario, esto es, que retribuyeran directamente el servicio o que sirvieran para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia al ingresar a su patrimonio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Contrario a ello, infirió que esos dineros eran suministrados al trabajador para cumplir cabalmente con sus funciones, a título de anticipos y gastos de viaje para combustible, peajes, entre otros, de modo que no constituían salario según las prescripciones del artículo en comento.

Así, concluyó que el demandante no acreditó que los valores que recibió a título de *gastos de viaje* retribuyeran directa y efectivamente sus servicios o, que correspondieran a un porcentaje del producido del vehículo que conducía.

Agregó que, además, las partes de la relación laboral excluyeron válida y expresamente el carácter salarial de tales rubros, como lo autoriza el artículo 128 del Código sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, dispuso la revocatoria de las condenas que impuso el juez de primer grado; además, negó la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Estatuto Laboral, la indemnización por no consignación de las cesantías y el reajuste de los aportes efectuados al sistema de seguridad social.

Por último, respecto a la petición de reintegro, destacó que «*bajo los parámetros de legalidad*» no era posible acceder a esa medida, pues dicha garantía no estaba establecida en el ordenamiento jurídico colombiano y si bien podía encontrar arraigo en el Convenio 135 de la OIT, tal instrumento no había sido ratificado por Colombia y no era vinculante. En apoyo, aludió a la sentencia CC C-673 -2008.

Igualmente, expuso que la figura del reintegro solamente procedía en los casos contemplados en la ley y que la situación del demandante no encajaba en ninguno de tales supuestos.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso extraordinario lo interpuso el demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

## V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte «*case parcialmente*» la sentencia impugnada, en cuanto revocó los numerales segundo, tercero, cuarto y sexto y confirmó el numeral quinto de la decisión del *a quo* para que, en sede de instancia, revoque esta última providencia y ordene el reintegro, previa declaratoria de la ineficacia del despido, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir.

En subsidio, requiere que se disponga el pago de la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y se modifique el valor de las condenas impuestas por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, vacaciones e indemnización moratoria, «*tomando en consideración la totalidad de los ingresos percibidos*».

Con tal propósito, por la causal primera de casación laboral formula tres cargos, que fueron objeto de réplica.

Por razones de método y en concordancia con el alcance de la impugnación, la Sala abordará inicialmente el cargo segundo y luego examinará de manera conjunta el primero y el tercero, pues persiguen el mismo fin, acusan normas similares y contienen argumentos complementarios.

## VI. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa acusa la infracción directa del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, que llevó a la trasgresión de los artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política y 140 del Estatuto Laboral, en relación con el Convenio 135 de 1971 de la OIT, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los trabajadores de la empresa y Recomendación 143 *ibidem*; así como con los artículos 127, 129, 158, 161, 186, 193 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 9.º de la Ley 1010 de 2006.

En el desarrollo del cargo, el recurrente no discute que fue despedido sin justa causa cuando tenía la calidad de representante de los trabajadores ante el comité de convivencia laboral, contemplado en el artículo 9.º de la Ley 1010 de 2006.

Manifiesta que su inconformidad radica en que el Tribunal no aplicó el Convenio 135 de la OIT, pues, afirma que si bien dicho instrumento internacional no ha sido ratificado por Colombia y no es una norma de «*aplicación principal*», lo cierto es que sí puede ser usado de forma supletoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo cuando no existe norma que regule exactamente el caso controvertido.

Expone que esta Sala ha establecido que los instrumentos internacionales a los que se refiere el artículo

19 del Código Sustantivo del Trabajo no son otros que los convenios *no ratificados*, toda vez que los que sí lo están hacen parte del ordenamiento jurídico y prevalecen sobre la legislación interna, al tenor de lo establecido en los artículos 53 y 93 de la Constitución Política.

Así, alega que el Tribunal erró al advertir que no había norma que contemplara el reintegro de trabajadores miembros del comité de convivencia laboral y al no acudir a la aplicación supletoria del convenio 135 de la OIT, que protege a los trabajadores que representan a sus compañeros y no gozan de la garantía de fuero sindical ante cualquier acción del empleador que pueda perjudicarlos.

Agrega que las normas del citado instrumento internacional son compatibles con las disposiciones sociales de nuestro ordenamiento jurídico *«dado que busca poner en igualdad de condiciones a los representantes de los trabajadores, medie o no un sindicato»*.

Explica que los *representantes electos* de los trabajadores merecen las mismas garantías de estabilidad destinadas a los *directivos sindicales*, máxime que el despido injusto del cual son objeto puede minar la efectividad de otras disposiciones como la Ley 1010 de 2006. Sobre el particular, asevera:

*No es jurídicamente aceptable, que solo una clase de representantes de los trabajadores tenga garantía de estabilidad, por la sola circunstancia de pertenecer a un sindicato, cuando los miembros de los comités de convivencia laboral también deben contar con el derecho de permanencia en el lugar de trabajo,*

*cuando su continuidad se afecta en razón de las labores que ejecuta en tal comité.*

*Debe por lo tanto, la H. Corte aplicar de manera subsidiaria la estabilidad a que se refiere las precitadas normas internacionales como forma de garantizar el ejercicio legítimo de una clase de trabajadores electos por sus compañeros, independientemente de que no sea sindical su nombramiento, pues al fin y al cabo asumen la vocería de estos ante los empleadores, situación que impediría una clara discriminación laboral en razón de la no pertenencia a un sindicato.*

## **VII. RÉPLICA**

La opositora expone que el convenio 135 y la Recomendación 143 de la OIT no han sido ratificados por Colombia y que, además, no se refieren a «*trabajadores electos de organismos*». Agrega que la presunta violación del principio de igualdad no es más que una apreciación subjetiva del recurrente y que no existe vacío legal alguno respecto a la protección de miembros del comité de convivencia laboral, que solo hacen parte de una «*mesa de concertación y gestionan inquietudes y controversias de sus compañeros*».

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En este asunto el Tribunal concluyó que no era viable acceder a la pretensión de reintegro porque el Convenio 135 de la OIT, que servía de base normativa a la petición, no había sido ratificado por Colombia y no era vinculante. Agregó que la medida de reintegro operaba exclusivamente en los casos contemplados legalmente, en los cuales no se adecuaba la situación del demandante.

Por su parte, la censura reconoce que el instrumento internacional en comento no ha sido ratificado por Colombia, pero arguye que el *ad quem* debió darle *aplicación supletoria*, según lo establecido en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, ante la carencia de una norma principal que regule la situación en disputa; y agrega que las mismas razones que legitiman la estabilidad laboral de los directivos sindicales permiten extender esa garantía a los representantes de los trabajadores, como los que tienen un cargo en el comité de convivencia laboral.

Así, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en desatino al no aplicar el convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo al argumentar que no ha sido ratificado por Colombia y, por tanto, que no era vinculante.

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que los convenios de la OIT *debidamente ratificados* hacen parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y constituyen normas de aplicación principal y directa, al tenor de lo establecido en los artículos 53 y 93 de la Constitución Política.

Por dicha vía, la Corte ha señalado que todos los «convenios internacionales de trabajo *debidamente ratificados*» hacen parte de la legislación interna (CSJ SL17462-2014) y algunos de ellos, por razón de su importancia y su reconocimiento de derechos humanos fundamentales en el trabajo, hacen parte del *bloque de constitucionalidad* (CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 38272). Ejemplo de ello son los convenios 87

y 98, relativos a la protección de la libertad sindical y la negociación colectiva (CSJ SL17414-2014, CSJ SL13016-2015, CSJ SL2541-2018, CSJ SL3528-2019); 111, sobre discriminación en el empleo y ocupación (CSJ SL17462-2014 y CSJ SL941-2018), y 95, relativo a la protección del salario (CSJ SL3711-2017).

Asimismo, la Corte advierte que en el bloque de constitucionalidad también se incluyen todos los convenios que la misma OIT ha considerado fundamentales, al tenor de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 y en virtud de su trascendencia y su extendido respeto y cumplimiento universal: Convenio 87, sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación; Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio 29, sobre el trabajo forzoso; Convenio 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio 138, sobre la edad mínima; Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil; Convenio 100 sobre igualdad de remuneración; y Convenio 111, sobre la discriminación.

Ahora, la incorporación de los convenios de la OIT a la legislación interna y, en algunos casos, al bloque de constitucionalidad, depende de su ratificación, que se traduce en el acto formal por medio del cual el Estado adquiere la obligación de cumplir la norma internacional y adoptar las medidas internas necesarias para garantizar su efectividad. De modo que al no haber sido ratificado aún el Convenio 135 de la OIT, el Estado colombiano no ha adquirido la obligación formal de cumplir sus disposiciones



y de acoplar su legislación interna a sus precisas prescripciones. Así, tal normativa no puede utilizarse como parámetro normativo vigente y aplicable de manera principal.

Por otra parte, es cierto que la Corte también ha admitido que ciertos convenios de la OIT no ratificados sirven como parámetro orientador de la aplicación de normas internas (CSJ SL4913-2018) o, pueden tener una *aplicación supletoria*, conforme lo dispone el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 38272 y CSJ SL15467-2015).

Sin embargo, la Sala ha adoctrinado que tal aplicación está sujeta a que: (i) se verifique una «*carencia total o parcial de regulación principal*» frente al tema tratado y (ii) la norma internacional sea funcional con el sistema normativo laboral colombiano o, en otros términos, guarde una armonía axiológica o ideológica con nuestro ordenamiento jurídico (CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 38272).

Conforme lo anterior, para la Sala no es posible darle *aplicación supletoria* al Convenio 135 de la OIT porque no se cumplen las condiciones desarrolladas en la jurisprudencia, como se explica a continuación.

En primer lugar, nótese que el instrumento internacional referido consagra genéricamente un deber de protección para «*los representantes de los trabajadores en la empresa*», ante todo acto que pueda perjudicarlos, incluyendo «el despido por razón de su condición de

*representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor».*

A su vez, tal normativa define la categoría de «representantes de los trabajadores» a partir de dos subgrupos: (i) los «representantes sindicales», entendiéndose por tales los nombrados o elegidos por las organizaciones sindicales; (ii) y los «representantes electos», que se identifican con los designados libremente por los trabajadores de la empresa, es decir, no afiliados a un sindicato (artículo 3).

Igualmente, la anterior regulación se complementa a partir de una pauta conforme a la cual «la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio» (artículo 4); y otra que vela porque la existencia de los «representantes electos» no se instrumentalice en perjuicio de la existencia y gestión de las organizaciones sindicales (artículo 5).

De modo que es posible admitir que el Convenio 135 de la OIT consagra una protección a la estabilidad laboral no solo de los «representantes sindicales», sino también de los «representantes electos», entendidos por tales los escogidos libremente por los trabajadores para agenciar sus derechos,

sin la intervención de un sindicato. Esa regla, por otro lado, consagra una garantía de reintegro para los casos de terminaciones injustificadas del contrato de trabajo, con arreglo a la Recomendación 143.

Paralelo a lo anterior, nuestro sistema normativo de relaciones laborales también consagra un esquema de protección al derecho de asociación sindical y negociación colectiva, que se materializa, entre otras garantías, a través de la salvaguardia de los «*representantes de los trabajadores*» contra actos de discriminación del empleador, como el despido por razón de su condición.

No obstante, tanto la Constitución Política como la ley integran la referida categoría de manera fundamental con los servidores electos libremente por las organizaciones sindicales, esto es, con los «*representantes sindicales*». Claro ejemplo de ello es que el artículo 39 de la Constitución Política reconoce un fuero destinado a los «*representantes sindicales*», mientras que los artículos 405 a 413 del Código Sustantivo del Trabajo consagran específicamente el denominado *fuero sindical* como una forma especial de estabilidad laboral reforzada; identifican los beneficiarios de ese derecho, en general, con los fundadores de un sindicato, los adherentes y los directivos sindicales; a la vez que establecen un recurso judicial especial y preferente para hacer valer la garantía.

Así, históricamente nuestra legislación ha optado por adoptar un modelo de protección a la agrupación de los

trabajadores en defensa de sus derechos, que privilegia la constitución de organizaciones sindicales y el amparo de sus miembros ante actos de persecución y discriminación por parte de los empleadores. En tal sentido, las organizaciones sindicales siguen siendo el canal legítimo, aunque no único, a partir del cual se organiza y encauza la representación de los trabajadores y su accionar en defensa de sus derechos, a través de la negociación colectiva y la huelga.

Ahora, pese a que la ley también admite la autogestión y negociación de las condiciones de trabajo por parte de los trabajadores sin la necesaria intervención de las organizaciones sindicales, a través de pactos colectivos (artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo), tal figura está sometida a restricciones precisas encaminadas a que no se obstaculice la conformación y accionar de las organizaciones sindicales (artículo 70 de la Ley 50 de 1990). Al respecto, esta Sala ha señalado que el ordenamiento jurídico interno *«privilegia al sujeto colectivo (sindicato), como titular determinante en la actividad contractual colectiva, y además como catalizador de las tensiones en el trabajo que deben traducirse en mejores condiciones de vida para los empleados»* (CSJ SL22224-2017).

Ese esquema de relaciones laborales, por otra parte, no es por completo ajeno a la filosofía y reglas de la Organización Internacional del Trabajo, en el seno de la cual también se privilegia la constitución de organizaciones sindicales, como modelo típico a partir del cual: (i) se da vida a la unión de los trabajadores; (ii) se agencia la protección de los derechos

laborales; (iii) se da curso a la negociación colectiva de los derechos y condiciones de trabajo; (iv) y, en términos generales, se potencia el trabajo decente y la igualdad y equilibrio de las fuerzas opuestas en el marco de la relación laboral.

Un claro ejemplo de ello lo constituyen los Convenios fundamentales 87 y 98, relativos a la protección del derecho de asociación y la libertad sindical, y, específicamente, el propio Convenio 135 que, como se indicó, privilegia la protección de los *«representantes sindicales»*, ya que solo favorece a los *«representantes electos»* a condición que ello no perjudique la existencia y gestión de las organizaciones sindicales.

En efecto, el artículo 3 literal b) del Convenio prevé que los *«representantes electos»* no pueden dedicarse a labores o actividades *«que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos»*; mientras que el artículo 5 establece que cuando concurren las dos clases de representantes en la misma empresa, deben adoptarse medidas *«para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes»*.

Una regulación igual se consagra en el artículo 3.2 del Convenio 154 sobre negociación colectiva, de acuerdo con el

cual cuando se da la negociación con «*representantes electos*», es preciso adoptar «*medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas*»

Conforme lo anterior, para la Corte no existe algún vacío normativo, laguna o carencia total de regulación, como la que sugiere la censura, sino una voluntad consciente del ordenamiento jurídico de encaminar la protección de los representantes de los trabajadores hacia las organizaciones sindicales, de manera preferente, esto es, hacia los «*representantes sindicales*». En tal sentido, el hecho que no exista una específica forma de amparo a la estabilidad laboral de los «*representantes electos*» no puede ser leído como un vacío, sino como una variable deliberada de nuestro esquema de relaciones laborales.

En consecuencia, la solicitud de *aplicación* del Convenio 135 de la OIT no sería supletoria sino principal y no debe olvidarse que el Estado colombiano no ha adquirido la obligación de cumplir esa norma y de adaptar su derecho interno a las disposiciones allí contenidas.

Ahora, es posible que la evolución de las realidades sociales demande una modificación de nuestro esquema de relaciones laborales con la finalidad de dar mayor peso a otras formas de unión, organización y autogestión de los trabajadores, paralelas a la de las clásicas organizaciones sindicales y que, como consecuencia, se dé paso a la

protección a la estabilidad de «*representantes electos*», más en aquellos casos en los que no concurren con organizaciones sindicales y, como consecuencia, no pueden ser instrumentalizados en su perjuicio. No obstante, para la Sala ese constituye un desafío normativo que corresponde asumir al legislador, en ejercicio de su autonomía y de sus competencias, pero no puede derivarse de una obligación internacional que el Estado no ha asumido.

Aunado a lo anterior, existen otras razones que dan respaldo a las reflexiones de la Corte. En primer lugar, el propio Convenio 135 traslada a la legislación interna la definición precisa de los trabajadores destinatarios del amparo a la estabilidad y, en tal sentido, contempla una relación de coordinación entre la norma internacional y la interna. Por su parte, en nuestro ordenamiento existen diversas fórmulas de representación diferentes a las sindicales, como las que se gestionan en el marco de un pacto colectivo; las que se dan en comités de convivencia laboral - artículo 9 de la Ley 1010 de 2006 y Resolución 652 de 2012 del Ministerio de Trabajo-, que es el caso del actor; y, entre otras, las derivadas del comité paritario en seguridad y salud en el trabajo COPASST -Ley 1562 de 2012 y Decreto 1443 de 2014-.

Sin embargo, no existe en la regulación laboral una disposición que indique que los miembros de los comités de convivencia laboral que gestionan quejas por acoso laboral, son efectivamente los «*representantes electos*», para los fines indicados en el Convenio 135. Nótese que sería

desproporcionado suponer que cualquier gestor de los trabajadores y por cualquier razón merece el rótulo de *representante electo* y es destinatario de un derecho de estabilidad.

A lo precedente debe agregarse que en nuestro ordenamiento jurídico el despido sin justa causa es un recurso legítimo al alcance del empleador, amparado por la Constitución y la ley, en el marco de ciertos límites constitucionales y legales, además que «*la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello*» (CSJ SL3424-2018). De modo que la estabilidad laboral reforzada constituye una excepción destinada a ciertos tipos de trabajadores que están expresamente reconocidos por el legislador, la jurisprudencia constitucional y la de esta Corte de casación.

Ello, es preciso señalarlo, con la salvedad de los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales, que resultan ineficaces por contrariar directamente los contenidos de la Constitución Política (CSJ SL808-2019). En este caso, para la Corte no es posible evidenciar claramente alguna manifestación de organización colectiva *sui generis*, ni alguna forma de *representación de facto* del demandante, dirigida a defender y reivindicar colectivamente los derechos de los trabajadores, ni el ánimo de la empresa de despedirlo deliberadamente por su condición de gestor de la acción colectiva, como para determinar que, más allá de la facultad del empleador de



rescindir libremente el contrato de trabajo, se ocultaba un acto discriminatorio proscrito por la Constitución Política.

En síntesis, para darle curso a los postulados de la censura haría falta un viraje en la legislación en torno a los destinatarios del fuero concebido para los *representantes de los trabajadores* y el derecho a la estabilidad laboral, de manera que, específicamente en este punto, tampoco existe una relación de coordinación plena entre las disposiciones del convenio y nuestro ordenamiento jurídico, como para que se legitime la aplicación del instrumento internacional que demanda la censura.

Así las cosas, el Tribunal no incurrió en un desatino al negar la aplicación del Convenio 135 de la OIT.

En el anterior contexto, el cargo es infundado.

## **IX. CARGO PRIMERO**

Por la vía directa, acusa la interpretación errónea del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, en relación con los artículos 64, 65, 127, 140, 142 del Estatuto Laboral y 53 de la Constitución Política.

En el desarrollo del cargo, el censor manifiesta que su inconformidad radica en el alcance que le dio el Tribunal al artículo 128 del Estatuto Laboral, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, pues señaló que los pagos que

retribuyen directamente el servicio del trabajador son salario y pese a ello pueden excluirse de la base para la liquidación de otros beneficios laborales, a través del «*pacto de desalarización*». Al respecto, aduce que las partes no son autónomas para establecer cláusulas que desnaturalizan o niegan el carácter salarial de pagos que retribuyen directamente el servicio y, por esencia, son salario.

Manifiesta que el precedente judicial de 1993 referido en la sentencia que acogió el Tribunal es inconstitucional, toda vez que contraría los derechos irrenunciables del trabajador y quebranta el artículo 53 de la Constitución Política, pues sugiere que un trabajador puede renunciar a su salario y a sus prestaciones sociales. Expone que el criterio del Tribunal carece de coherencia con el ordenamiento jurídico y que así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia CC T-1029-2012, de la cual reproduce varios segmentos.

Por último, asevera que el artículo 128 se refiere a los pagos que no son salario, toda vez que de lo contrario se estarían aceptando estipulaciones contractuales que riñen con el ordenamiento jurídico.

## **X. CARGO TERCERO**

Por la vía indirecta, acusa la aplicación indebida de los artículos 13, 19, 43, 127, 128, 130 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 9.º, 14, 18, 21, 65, 186, 249 y 306 *ibidem* y 99 de la Ley 50 de 1990,

y como violación medio el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Acusa al Tribunal de haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

- 1. No dar por demostrado, estándolo, que la totalidad de las sumas consignadas, y que aparecen referenciadas en los extractos bancarios de folios 31 a 41, bajo las denominaciones ABONO DISPERSIÓN PAGO NÓMINA COPETRA, fueron pagadas al demandante por la empresa demandada, como contraprestación directa por la prestación de sus servicios subordinados, ingresando por lo tanto a su patrimonio.*
- 2. Dar por demostrado, contra la evidencia, que se desconocía la verdadera naturaleza de los ingresos a la cuenta de ahorros del demandante en el Banco de Bogotá, correspondiente a la primera quincena de cada mes.*
- 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que los rubros referenciados en la primera quincena en los extractos bancarios de folios 31 a 41, denominados ABONO DISPERSIÓN PAGO NÓMINA DE COPETRA, fueron otorgados al demandante como auxilio anticipo para gastos de viaje, esto es, con la finalidad de cumplir cabalmente con sus funciones, conforme al acuerdo contenido en las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo.*
- 4. Dar por demostrado, no estándolo, que las partes contratantes, esto es, COPETRA y JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ CAMACHO, pactaron excluir como factor salarial, lo correspondiente a las sumas consignadas en la primera quincena de cada mes, denominadas en los extractos de cuenta de ahorros como ABONO DISPERSIÓN PAGO NÓMINA DE COPETRA.*
- 5. Dar por demostrado, contra la evidencia, que la parte demandante pretendió que se declarara como salario las sumas de dinero recibidas como anticipo para gastos de viaje.*
- 6. No dar por demostrado, estándolo, que el pacto de exclusión salarial contenido en las cláusulas adicionales al contrato de trabajo, denominado ANTICIPO PARA GASTOS DE VIAJE, se referían a las sumas de dinero que en efectivo le entregaban al conductor demandante como anticipo, para asumir los gastos de viaje que causara el vehículo, tales como, peajes, boleta de uso del terminal, prueba de alcoholemia y aseo del automotor.*

7. *No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la empresa demandada, según confesión hecha por el representante legal de la accionada, dijo que se le reconocía al demandante, un valor económico para gastos de alimentación y alojamiento, el cual, se le consignaba en la cuenta de ahorros en la primera quincena de cada mes.*

8. *No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que los dineros consignados por la pasiva para financiar el alojamiento y alimentación requerido por el demandante cuando cumplía ruta, constituía[n] factor salarial.*

9. *No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la demandada no discriminó ni especificó los valores que según ella, consignaba para los gastos de operación del automotor conducido por el demandante, de los dineros que se destinaban para el alojamiento y alimentación del conductor accionante, cuando cumplía sus labores fuera de su sitio de residencia.*

10. *Dar por demostrado, sin estarlo, que la entidad bancaria le dio de manera unilateral la denominación de abono pago dispersión nómina de Copetran a las sumas consignadas en la primera quincena de cada mes.*

Identifica como pruebas indebidamente apreciadas: los extractos de cuenta de ahorros (f.º 31 a 41); los contratos de trabajo (f.º 252, 253, 256 y 257); las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo (f.º 254y 258) y la demanda inicial (f.º 2 a 23). Igualmente, como pruebas dejadas de valorar, señala la confesión del representante legal de la demandada contenido en la diligencia de interrogatorio de parte y las declaraciones de Ricardo González Castillo y Luiyi Antonio Barrera.

En desarrollo de la acusación, el censor alega que el Tribunal asumió que por la sola afirmación que hizo la demandada, que los pagos realizados en la primera quincena de cada mes correspondían a anticipos para *gastos de viaje* y no retribuían el servicio del demandante, sino que estaban encaminados a garantizar el cumplimiento cabal de sus

funciones. En tal sentido, agrega que el *ad quem* valoró con error los extractos de la cuenta de ahorros, que dan cuenta literalmente que esos pagos correspondían al concepto «*abono dispersión pago nómina de Copetran*», de modo que constituían salario, en la misma forma que los pagos que se efectuaron durante la segunda quincena de cada mes por valores iguales al salario mínimo, pues, entre otras cosas, no se les identificó como *gastos de viaje*, ni se discriminaron los conceptos que se integraban bajo dicha figura.

Manifiesta que la demandada admitió el pago de algunas sumas en efectivo para gastos de viaje, pero dejó de especificar cuáles eran los rubros cubiertos a través de las consignaciones realizadas en la cuenta de ahorros, pues solamente, de manera parcial, el representante legal de la accionada, en el momento de rendir interrogatorio de parte, precisó que se trataba de gastos de alimentación, alojamiento, lavado del vehículo y, eventualmente combustible. Así, insiste que las consignaciones están identificadas como *abonos de nómina* y no como gastos de viaje o auxilios.

Afirma que los gastos de viaje a los que se refieren las cláusulas adicionales al contrato de trabajo eran entregados al trabajador en efectivo y nunca se reclamó su carácter salarial, solo que el Tribunal confundió esos rubros con las sumas que eran consignadas en la primera quincena de cada mes, identificadas con el rótulo de abono de nómina y cuyo carácter salarial era cierto y sí se reclamó en la demanda.

Reitera que el texto literal de los extractos que se allegaron al plenario dan cuenta que las consignaciones de la demandada correspondían a abonos de nómina y asimismo destaca lo consignado en la cláusula octava de los contratos de trabajo; y advierte que la demandada no demostró que hubiera sido la entidad bancaria la que unilateralmente les dio esa denominación o, que se había pactado la obligación de consignar gastos de viaje durante la primera quincena de cada mes.

Expone que de los documentos obrantes a folios 254 y 258, que les restan carácter salarial a los gastos de viaje por acuerdo entre las partes, no es posible determinar que las sumas excluidas son las mismas consignadas durante la primera quincena de cada mes a las que se refirió el Tribunal, pues, contrario a ello, esos estipendios eran entregados al trabajador en efectivo al inicio de cada viaje. En ese sentido, aduce, no era posible inferir que las partes les restaron carácter salarial a esos pagos hechos durante la primera quincena de cada mes, por abonos de nómina.

Asevera que no es posible entender cómo los pagos de abono de nómina correspondían realmente a los gastos de viaje a que se referían los pactos de «desalarización», más cuando, según esos acuerdos, debían ser libremente acordados por las partes y correspondían a un porcentaje del producido del vehículo y no a lo que realmente se necesitara para el recorrido de la ruta.

Explica que el representante legal de la demandada confesó que las consignaciones hechas a la cuenta del demandante estaban encaminadas, entre otros aspectos, a garantizar su alojamiento y alimentación, *«lo que implica que fue la propia demandada la que se refirió al concepto salarial de viáticos»*, sin especificar el valor de cada concepto, de manera que el Tribunal debió haber entendido que se trataba de viáticos permanentes y que, como consecuencia, constituían salario.

Por último, señala que dado que se acreditaron errores de hecho en el análisis de las pruebas calificadas, es posible abordar el estudio de los testimonios, a partir de las cuales quedó claro que la demandada le entregaba dinero en efectivo para gastos de viaje, mientras que las sumas consignadas en la cuenta de ahorros correspondían a salario, una de cuyas partes representaba el 4% del producido bruto del vehículo, que el Tribunal confundió inapropiadamente con gastos de viaje.

## **XI. RÉPLICA**

La sociedad opositora, en relación con el primer cargo, señala que las partes suscribieron, de buena fe, un acuerdo en virtud del cual el auxilio para gastos de viaje no era constitutivo de salario y arguye que ese pacto está amparado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con la sentencia de la Corte Constitucional C-521-1995. Agregó que el actor no demostró que esos rubros retribuyeran realmente sus servicios.

Respecto al tercer cargo, indica que era al demandante a quien correspondía demostrar que los rubros pagados en su cuenta de ahorros retribuían realmente sus servicios, a la vez que las consignaciones de la primera quincena en realidad estaban destinados a sufragar gastos de viaje, independientemente de la denominación que les asignara la entidad bancaria, y que tampoco se demostró que correspondieran al 4% del producido del respectivo vehículo.

Por último, menciona que la acusación no demuestra un error de hecho protuberante y manifiesto en el análisis que de las pruebas realizó el Tribunal.

## **XII. CONSIDERACIONES**

La Corte debe determinar si el Tribunal incurrió en un error al establecer que los gastos de viaje no constituían salario.

Pues bien, desde el punto de vista jurídico, propio del primer cargo, la Sala ha establecido varias reglas para determinar cuáles de los pagos efectuados al trabajador constituyen salario, en los términos previstos en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales pautas pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Por regla general, en los términos de los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus



servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:

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

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

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

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario *«las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador»*, así como *«lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones»*. Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

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

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de

1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, *«tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad»*.

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899-2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de *«desalarización»* solo pueden recaer sobre *«aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario»*, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, se señaló:

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

*La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos*

*retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*

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

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

*Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.*

6. La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas

contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En este caso, las consideraciones jurídicas del Tribunal no fueron claras, pues, a la vez que determinó que las sumas que retribuyen directamente el servicio del trabajador constituyen salario y no dejan de serlo por el acuerdo individual o colectivo de las partes, estimó que, al tenor de lo previsto en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, las *«sumas habituales y que retribuyen directamente la prestación del servicio se pueden excluir de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, es decir que, a pesar de ser salario dichas sumas, estas pueden no constituir factor salarial para efectos de la liquidación de prestaciones sociales»*.

Lo anterior es un evidente error jurídico derivado de la interpretación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, como se explicó, los pagos habituales que retribuyen directa y realmente el servicio constituyen salario y no pueden dejar de serlo por acuerdo entre las partes, además de que una cosa no puede *ser y no ser* al mismo tiempo.

Además, así debería entenderse, pues finalmente el Colegiado de instancia revocó la medida que el *a quo* impartió en tal sentido.

Por otra parte, desde el punto de vista fáctico propio del tercer cargo, el Tribunal dedujo que las consignaciones

realizadas al trabajador en su cuenta de ahorros y cuya naturaleza salarial se reclamó en la demanda, en realidad, correspondían a ingresos entregados al trabajador como anticipo para *gastos de viaje*, entendidos como tales los propios de la labor de transporte intermunicipal de pasajeros en vehículos buses, es decir, combustible, peajes, limpieza, entre otros. Ello, debido a que no estableció que los dineros ingresaran al patrimonio del trabajador o que fueran un porcentaje del producido bruto y, en ese sentido, retribuyeran sus servicios. Estas conclusiones le permitieron, a su vez, determinar que las partes habían confeccionado legítimamente un pacto de exclusión salarial, a la luz de lo previsto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

En desarrollo del tercer cargo, la censura reclama que la empresa reconoció el carácter salarial de los referidos pagos, al darles el rótulo de «*abono dispersión pago nómina*», además, que en términos generales el Tribunal fue objeto de una confusión inducida por la parte demandada, al identificar tales rubros con simples *gastos de viaje*, pues estos últimos eran entregados al trabajador en efectivo al inicio de cada ruta, mientras que las consignaciones correspondían verdaderamente a *comisiones* definidas en función del producido del vehículo, variables de acuerdo con la temporada y que, materialmente, retribuían el servicio prestado por el demandante.

Es decir que, sin negar que formalmente los *gastos de viaje* de un vehículo no son salario, pues están destinados a

garantizar el cumplimiento de la labor, el recurrente denuncia que, en este caso, bajo ese rótulo estaban ocultos unos pagos que, verdaderamente, estaban encaminados a complementar el salario del trabajador, en forma de comisión por producido.

Al analizar las pruebas calificadas en las que se fundamenta la acusación, lo primero que puede determinar la Corte es que, en efecto, los extractos de la cuenta de ahorros del demandante (f.º 31 a 41) dan cuenta de varias consignaciones realizadas por la demandada, todas con el rótulo de «*abono dispersión nómina de Copetran*». No obstante, esa simple denominación no permite derivar la naturaleza salarial de los pagos, como lo reclama la censura, toda vez que es normal que una determinada entidad bancaria le asigne una precisa identificación a cada consignación efectuada en sus cuentas, sin que por ello se pueda concluir que se trata de una retribución directa de los servicios del trabajador hecha por su empleador.

El documento de folio 321 es concluyente en ese sentido, pues deja ver que el título «*abono dispersión nómina de Copetran*» fue impuesto por la entidad bancaria a manera de código que permite identificar cada rubro, pero no con el ánimo de definir si un determinado pago corresponde a salario o no. Sobre el particular debe advertirse que una entidad bancaria no tiene la capacidad jurídica para definir si un pago constituye salario o no, a partir de las etiquetas que imponga a cada movimiento dentro de una cuenta de

ahorros, pues eso depende de la naturaleza de cada pago y de las reglas jurídicas antes referidas.

Conclusión diferente se extrae de la cláusula adicional al contrato de trabajo (f.º 258), que considera indebidamente valorada la censura. El referido documento da cuenta de un acuerdo entre las partes por medio del cual, entre otras cosas, se adopta una fórmula de retribución del trabajo suplementario y el pago de un *anticipo para gastos de viaje*, en los siguientes términos:

*SEGUNDA: Mientras el trabajador desempeñe el cargo de CONDUCTOR TITULAR DEL BUS identificado con placas XVL890 RECIBIRÁ UN ANTICIPO PARA GASTOS DE VIAJE en cuantía cuyo valor será libremente acordado entre las partes, que se calculará en porcentaje del producido bruto del vehículo y que podrá pagarse directamente por la empresa o por el asociado según decisión de COPETRAN. La forma del pago podrá modificarse periódicamente por parte del empleador. Conviene así mismo y de manera expresa que este auxilio no constituye salario para ningún efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 (subraya la Sala),*

De acuerdo con lo allí pactado, en conjunto con las cláusulas del contrato de trabajo (f.º 256 y 257), como lo admite la sociedad demandada, las partes acordaron un modelo de remuneración al trabajador que incluía el pago de un salario básico –igual al mínimo legal–, una cifra global que cubría el trabajo suplementario y una suma variable que, *formalmente*, no tenía como destino la retribución del trabajador, sino el pago de los diferentes *gastos de viaje* que aparejaba el cumplimiento de la labor.



Respecto a este último rubro, en cuya *naturaleza real* se centra la acusación, de la simple, pero atenta lectura del documento de folio 258, se puede determinar con certeza que los pagos del empleador a título de *gastos de viaje* no eran realmente eso.

En efecto, en primer lugar, para la Corte es razonable suponer que la labor de conducción de un vehículo de transporte intermunicipal de pasajeros entraña unos costos propios del cumplimiento de la tarea misma, diferentes a la retribución del trabajador, tales como combustible, peajes, tasas, limpieza, entre otros. No obstante, por su naturaleza, esos costos son *fijos y determinables*, puesto que siempre es posible establecer cuánto combustible consume el vehículo en una específica ruta, cuál es el costo de los peajes en ese preciso trayecto, y, en términos generales, cuáles son los costos asociados al cumplimiento idóneo del recorrido.

Asimismo, es ajeno a la naturaleza de esos costos que sean las propias partes –empleador y trabajador– las que «*acuerden libremente*» la cuantía de los mismos, como se dejó fijado en el prenombrado documento, pues, se repite, esos costos son fijos, determinables y ajenos a la voluntad de las partes, ya que ellos no son los que definen la cantidad y precio del combustible requerido, el valor de los peajes que se transitan y en general el monto de los costos que demanda la conducción del vehículo.

Además, la cuantía de esos *gastos de viaje*, desde un punto de vista racional y lógico, tampoco puede hacerse

depender de un porcentaje del producido bruto del vehículo, como también se dejó establecido en el documento analizado. En efecto, como se explicó, los gastos de viaje atienden a dinámicas externas como la naturaleza y extensión de la ruta recorrida, el costo del combustible, los peajes, etc., mientras que el producido del vehículo depende de otras variables como la cantidad de pasajeros transportados, las temporadas de turismo o la competencia. En ese sentido, fijar la cuantía de los gastos de viaje a partir del producido del vehículo es por completo inexacto e incoherente, pues independientemente que este último sea provechoso o no, racionalmente los costos siempre serán los mismos.

Igualmente, como lo reclama la censura, pese a que los costos de viaje de un vehículo constituyen un rubro de sencilla identificación, ni en las referidas cláusulas ni en el curso de los pagos regulares efectuados al trabajador por tal concepto, según confesión de la demandada, se precisó cuáles eran concretamente los rubros que se cubrían, vale decir, una cifra por combustible, otra por peajes, otra por limpieza del vehículo o impuestos.

En concordancia con lo anterior, el representante legal de la demandada, en el curso del interrogatorio de parte que le fue formulado -audiencia de 3 de abril de 2014- aclaró que, conforme al esquema organizativo laboral, la empresa pagaba un salario mínimo y el trabajo suplementario, además de un valor adicional por *gastos de viaje*, entre los cuales estaban, entre otros, los correspondientes a alimentación, alojamiento, limpieza, descargas de baño, etc.

No obstante, no pudo identificar claramente qué conceptos eran cubiertos con ese rubro, cómo se calculaba su valor y qué porcentaje, del valor global pagado, correspondía a cada costo. Adicionalmente, aclaró que las tasas de uso, peajes y pruebas de alcoholemia en realidad se pagaban como *anticipos*, a través de otro rubro, en efectivo, al comienzo de cada viaje.

Y en relación con este último punto, el Tribunal no consideró que los pagos hechos al trabajador eran habituales y continuos y que siendo así, como se señaló en líneas anteriores, era la empresa demandada la que tenía la carga de acreditar que tales sumas tenían una específica destinación encaminada a satisfacer simples costos de viaje y no a remunerar el trabajo del demandante. En esa dirección, la reflexión del Tribunal según la cual no era posible determinar la razón por la cual la empresa entregaba al trabajador esas sumas ni su naturaleza, debió llevarlo a dirigir las consecuencias de la carga de la prueba en contra de la demandada y, en términos jurídicos, a seguir la regla general que esos pagos son, en principio, salario, a menos que se acredite lo contrario por el empleador.

Así, a juicio de la Corte, si el Tribunal hubiera examinado con detenimiento el documento de folio 258, habría llegado a la conclusión que los *gastos de viaje* no pueden ser *libremente fijados* por las partes, ni tampoco pueden depender del *producido del vehículo*, de modo que la denominación formal del rubro no coincidía con la real.

En atención a que se acreditó un error en la referida prueba calificada, la Corte se remite a la declaración de Ricardo González Castillo y Luyi Antonio Barrera -audiencia de 3 de abril de 2014-, quienes, en su condición de conductores de la sociedad demandada, fueron claros y precisos al afirmar que, efectivamente, la empresa tenía establecido un esquema de remuneración para los trabajadores que, aparte del salario básico -mínimo legal- y el pago por trabajo suplementario, incluía una suma variable que se determinaba a partir de un porcentaje del producido del vehículo y que se pagaba durante la primera quincena de cada mes *«para completar el sueldo»*.

Los referidos declarantes explicaron, además, que ese porcentaje equivalía aproximadamente al 4% del producido del respectivo vehículo, que fluctuaba de acuerdo con la temporada de pasajeros y que complementaba su salario, porque era *imposible o impensable* que la remuneración de un conductor con altas jornadas de trabajo se redujera a un salario mínimo mensual. Adicionalmente, indicaron que las tasas de uso o terminal, peajes o aseo del vehículo eran pagados mediante *anticipo*, en efectivo, al inicio de cada viaje y dependiendo de la naturaleza y distancia de la ruta correspondiente; y que otros costos como el del combustible eran manejados por estaciones de servicio con las que se tenía convenio, a través de la suscripción de *vales*, de modo que nunca recibían dinero para tales efectos.

Lo anterior permite reforzar la conclusión que los dineros consignados para *gastos de viaje* en realidad no

estaban destinados a satisfacer costos de la operación del vehículo, sino que iban dirigidos a complementar el salario básico del trabajador y, por obvia consecuencia, retribuían directamente sus servicios.

Ahora, de acuerdo con las anteriores pruebas, los parámetros que definían la cuantía de la retribución en discusión, vale decir, que era fijada libremente por las partes y que dependía del producido bruto del vehículo, permiten entender a la Corte que, en realidad, se trataba de una suerte de comisión para el trabajador, determinada en función de su rendimiento y de la cantidad de pasajeros movilizados, de modo que estaba ligada indefectiblemente a la prestación del servicio y estaba encubierta indebidamente bajo el rótulo de *gastos de viaje*.

Siendo ello así, no resultaba jurídicamente válido restarle carácter salarial, a través del pacto que consagra el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, determinada su finalidad real, independientemente de su denominación formal, como se explicó con anterioridad, tratándose de un pago que retribuía el servicio del trabajador y que, por esencia, era salario, las partes no podían desnaturalizarlo (CSJ SL403-2013 y CSJ SL1798-2018).

Así las cosas, el Tribunal incurrió en los errores denunciados por la censura, al identificar los pagos hechos al trabajador como simples *gastos de viaje* y al no avizorar que, pese a su denominación formal, se trataba de una forma de salario que real y materialmente retribuía el servicio del

trabajador, de modo que el pacto de «*desalarización*» era ineficaz.

En el anterior contexto, la acusación prospera y se casará parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto negó el carácter salarial de los pagos hechos al trabajador bajo el título de *gastos de viaje*.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

### **XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA**

En sede de instancia, bastan las mismas consideraciones expuestas en sede de casación para confirmar la decisión de primer grado en cuanto concluyó que los pagos hechos bajo el rótulo de «*gastos de viaje*» en realidad correspondían a sumas que retribuían directamente el servicio del trabajador y, como consecuencia, constituían salario, además que el pacto suscrito por las partes que negaba ese atributo era ineficaz.

Por otra parte, en seguimiento al alcance subsidiario del recurso de casación, la Corte se ocupará de determinar la procedencia de la indemnización por no consignación de cesantía, así como de revisar la reliquidación de las prestaciones sociales generada como consecuencia de asumir la totalidad del salario devengado por el trabajador, incluyendo los cuestionados gastos de viaje.

Pues bien, el demandante controvierte en su recurso de apelación el monto de las condenas impuestas por concepto de reliquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones y, para esos efectos, indica que, al hacer las respectivas cuentas, el *a quo* no tuvo en cuenta el salario que devengó en su totalidad, pues adoptó la parte que correspondía al básico –igual al mínimo–, después de deducciones y no en su integridad.

La Corte, al revisar los cálculos en comento obrantes a folios 325 y 326 advierte que, en efecto, para integrar la totalidad del salario que percibió el trabajador, incluyendo los cuestionados *gastos de viaje*, el *a quo* se limitó a sumar las diferentes consignaciones que efectuó la demandada mes a mes en la cuenta de ahorros del Banco de Bogotá, cuyos extractos están registrados a folios 31 a 41, y, tras ello, no incluyó en su totalidad la parte del salario correspondiente al básico, sino solamente la suma lograda después de deducciones.

Tal realidad se puede comprobar fácilmente si se revisan los comprobantes de nómina de folios 280 a 299, que dan cuenta, por ejemplo, en el mes de marzo de 2010, el salario básico, con trabajo suplementario, ascendía a \$610.000, mientras que la suma de \$260.800, adoptada por el *a quo*, correspondía solo al total pagado, después de deducciones hechas por seguridad social, «Asetrans», «donación» y «otros descuentos». Igual realidad puede verse respecto de todos los meses siguientes hasta octubre de 2011.

En ese sentido, es claro que el juez de primer grado no asumió la totalidad del salario percibido por el trabajador, pues, para tal efecto, constituía un hecho indiscutido que, al margen de los *gastos de viaje*, en cada mes devengaba una suma igual al salario mínimo más trabajo suplementario, que debía ser considerado en su integridad y no después de descuentos, tal y como lo reclama el apelante.

En virtud de lo anterior, al integrar el salario total y real de cada mes, teniendo en cuenta la totalidad del salario mínimo con el trabajo suplementario, reportado en las nóminas de folios 276 a 299, así como los pagos por *gastos de viaje*, de acuerdo con los comprobantes de consignación de folios 31 a 41, y sin que se hubieran efectuado otros cuestionamientos a las operaciones realizadas por el juez de primer grado, se obtienen los siguientes resultados:

Año	Mes	Salario básico y trab. sup.	Abono - gastos de viaje	Salario real
2009	Noviembre	\$276.265	0	\$276.265
	Diciembre	\$628.177	0	\$628.177
2010	Enero	\$610.000	0	\$610.000
	Febrero	\$610.000	0	\$610.000
	Marzo	\$610.000	\$949.284	\$1.559.284
	Abril	\$610.000	0	\$610.000
	Mayo	\$610.000	0	\$610.000
	Junio	\$610.000	\$1.017.640	\$1.627.640
	Julio	\$610.000	\$746.262	\$1.356.262
	Agosto	\$610.000	\$1.519.492	\$2.129.492
	Septiembre	\$610.000	\$244.480	\$854.480
	Octubre	\$610.000	\$479.300	\$1.089.300
	Noviembre	\$610.000	\$1.396.332	\$2.006.332
	Diciembre	\$610.000	\$1.582.360	\$2.192.360



2011	Enero	\$630.600	\$1.770.865	\$2.401.465
	Febrero	\$630.600	\$1.798.954	\$2.429.554
	Marzo	\$624.268	\$1.093.007	\$1.717.275
	Abril	\$594.960	\$1.283.099	\$1.878.059
	Mayo	\$782.867	\$1.322.973	\$2.105.840
	Junio	\$704.460	0	\$704.460
	Julio	\$614.895	\$1.587.912	\$2.202.807
	Agosto	\$694.200	\$1.163.329	\$1.857.529
	Septiembre	\$577.997	0	\$577.997
	Octubre	\$107.118	0	\$107.118

Con fundamento en lo anterior, teniendo en cuenta el promedio salarial percibido en cada año, por cesantía se debe pagar la suma total de \$2.678.498, teniendo en cuenta el siguiente cuadro:

AÑO	TIEMPO	SALARIO	TOTAL
2009	43	\$631.006	\$75.370
2010	360	\$1.271.262	\$1.271.262
2011	276	\$1.737.217	\$1.331.866
<b>TOTAL</b>			<b>\$2.678.498</b>

Por intereses de cesantía la suma de \$276.162:

AÑO	TIEMPO	CESANTÍA	TOTAL
2009	43	\$75.370	\$1.080
2010	360	\$1.271.262	\$152.551
2011	276	\$1.331.866	\$122.531
<b>TOTAL</b>			<b>\$276.162</b>

Por vacaciones la suma de \$1.339.249:

AÑO	TIEMPO	SALARIO	TOTAL
2009	43	\$631.006	\$37.685
2010	360	\$1.271.262	\$635.631
2011	276	\$1.737.217	\$665.933
<b>TOTAL</b>			<b>\$1.339.249</b>

Por primas de servicio la suma de \$2.678.498:

AÑO	TIEMPO	SALARIO	TOTAL
2009	43	\$631.006	\$75.370
2010	360	\$1.271.262	\$1.271.262
2011	276	\$1.737.217	\$1.331.866
<b>TOTAL</b>			<b>\$2.678.498</b>

Asimismo, se debe reajustar el valor que se reconoció por indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el último salario que devengó el trabajador. El *a quo* liquidó ese rubro en un valor igual a 40 días de salario y al no haber controversia en este aspecto, restando la suma que pagó la demandada por tal concepto, \$818.281 (f.º 299), se obtiene un total de \$1.498.008.

En lo relativo a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte advierte que, al margen que el pacto colectivo que suscribió la empresa no le fuera aplicable al demandante, como lo alegó COPETTRAN en su recurso de apelación, lo cierto es que la conducta de la sociedad empleadora estuvo alejada de la buena fe, pues, como se explicó en sede de casación, no

obstante ser consciente de la forma de remuneración del actor, a través de un pago fijo y de una suma variable, que dependía del producido del vehículo, pretendió ocultar la naturaleza salarial de este último rubro, a partir del título de *gastos de viaje* y a través de un pacto de «desalarización» ineficaz.

Para la Corte, acudir a fórmulas y estrategias encaminadas a ocultar el carácter salarial de pagos que, por esencia y en la realidad tienen esa naturaleza, no es un actuar desprovisto de mala fe, que pueda exonerar a la empresa de la imposición de la indemnización moratoria.

Lo que sí debe corregir la Corte es la forma de imposición de la indemnización moratoria, pues: (i) el contrato de trabajo terminó el 6 de octubre de 2011, en vigencia de la modificación introducida al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002; (ii) el salario del actor es superior al salario mínimo, y (iii) aquel presentó de manera oportuna la demanda. De modo que la sanción equivale a un día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses y, con posterioridad, *«intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique»*.

En este punto, debe resaltarse que esa fue la forma en la que se presentó la pretensión en la demanda (f.º 5 y 6), que corresponde, además, con la fórmula correcta de aplicar la

sanción y a la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL 2966-2018).

En dicha providencia se indicó:

*(...) a pesar de las deficiencias técnicas de redacción del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, lo cierto es que la intención del legislador con esta reforma al artículo 65 del C.S.T. fue establecer un límite temporal a la indemnización moratoria para los trabajadores que devengaran una remuneración superior al salario mínimo mensual vigente, para dejarla en un día de salario por cada día de retardo hasta por veinticuatro (24) meses luego del fenecimiento del vínculo laboral, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de ese mismo lapso. Luego de los veinticuatro (24) meses, en caso de que la mora persista, ya no se deberá cancelar un día de salario, sino los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta el pago efectivo de las deudas laborales.*

Así, teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador, la sanción equivale a la suma de \$41.693.208 por los primeros 24 meses y, a partir del mes 25, la demandada debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre las prestaciones sociales adeudadas.

Por último, frente a la pretensión de indemnización por no consignación de cesantía en la que se insistió en el recurso de apelación y en el alcance del recurso de casación, la Corte debe precisar que, aparentemente, se formuló como súplica subsidiaria y, en tal medida, al prosperar las aspiraciones principales, era improcedente referirse a la misma. Sin embargo, leída de forma integral y adecuada la demanda, se evidencia que, en realidad, tal petición fue elevada en subsidio de la pretensión de reintegro que fundó en la aplicación del Convenio 135 de la OIT y que, como se explicó,

no alcanzó prosperidad, pero no de la súplica de reliquidación de prestaciones sociales, como consecuencia de la aplicación del salario realmente devengado por el trabajador.

Así se advierte del texto de la demanda, en la que se precisó que esa súplica se formulaba *«en el evento de no prosperar las pretensiones de reintegro y pagos salariales y prestacionales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el reintegro»* (f.º 5). Por tal razón, no existe impedimento alguno para pronunciarse frente a esa pretensión.

Ahora, el juez de primer grado erró al concebir que la referida indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 solo era procedente en los casos en los que no se hacía la consignación de la cesantía, pues la Corte ha precisado que dicha sanción también opera en los casos en que el empleador realiza la consignación de manera deficitaria o parcial porque, por ejemplo, no tiene en cuenta el salario realmente devengado por el trabajador, como sucedió en este caso. En la sentencia CSJ SL403-2013, reiterada en la decisión CSJ SL1451-2018, se explicó:

*No sería acorde con este principio, ni con el aludido propósito implícito de la citada disposición que hace parte del conjunto normativo que regula el sistema de cesantías sin retroactividad, si se aceptase la distinción establecida por el a quo consistente en que se exceptúan los efectos sancionatorios, de forma automática, para el caso de la consignación deficitaria de las cesantías al igual que si se hubiese hecho esta de forma total.*

*Ni que decir de las consecuencias perversas que esta interpretación podría traer, pues bastaría con que el empleador consignase cualquier valor por cesantías, para enervar los efectos de la norma, no obstante que con dicho proceder se estaría*

*perjudicando al trabajador y al sistema de administración de cesantías.*

*Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente; si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.*

*Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías. En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago.*

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que no existió una conducta del empleador apegada a la buena fe, se revocará la decisión de primer grado en este punto y se condenará a COPETTRAN al pago de la referida sanción, en la suma total de \$17.360.789, como se detalla en el siguiente cuadro:

Cesantía 2009	Del 15/02/2010 a 14/02/2011	\$7.572.072
Cesantía 2010	Del 15/02/2011 a 6/10/2011	\$9.788.717
Total		\$17.360.789

En síntesis, se modificará el numeral segundo de la sentencia que profirió el *a quo* para, en su lugar, condenar a la demandada a pagar al demandante: \$2.678.498, por cesantía; \$276.162, por intereses de cesantía; \$1.339.249,

por vacaciones; y \$2.678.498, por primas de servicio. De dichos valores la demandada podrá descontar los valores ya pagados por esos mismos conceptos.

Igualmente, modificará el numeral tercero de la decisión del *a quo* para, en su lugar, condenar a la accionada a pagar al demandante la suma de \$1.498.008, por reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa; y se modificará el numeral cuarto de la decisión de primera instancia para condenar a COPETRAN al pago de la indemnización moratoria en la suma de \$41.693.208 por los primeros 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral. A partir del mes 25, la demandada debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las prestaciones sociales adeudadas.

Por último, se revocará parcialmente el numeral quinto de la decisión apelada y, en su lugar, se condenará a la demandada a pagar al accionante la suma de \$17.360.789, por indemnización por no consignación de cesantía.

Las costas en las instancias estarán a cargo de la sociedad demandada.

#### **XIV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia

que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga profirió el 21 de agosto de 2014, en el proceso ordinario laboral que **JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ CAMACHO** promovió contra la **COOPERATIVA SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LIMITADA – COPETRA-**, en cuanto revocó los numerales segundo, tercero y cuarto de la decisión de primer grado y negó el carácter salarial de los pagos efectuados al trabajador bajo el rótulo de gastos de viaje.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: Modificar** el numeral segundo de la decisión que el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga profirió el 7 de abril de 2014 y, en su lugar, condenar a la demandada a pagar al actor: \$2.678.498 por cesantía; \$276.162 por intereses de cesantía; \$1.339.249 por vacaciones y \$2.678.498 por primas de servicio. De dichos valores la demandada podrá descontar los valores ya pagados por esos mismos conceptos.

**SEGUNDO: Modificar** el numeral tercero de la decisión que el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga profirió el 7 de abril de 2014 para, en su lugar, condenar a la demandada a pagar al accionante la suma de \$1.498.008 por reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa.

**TERCERO: Modificar** el numeral cuarto de la decisión de primera instancia para, en su lugar, condenar a la



demandada al pago de indemnización moratoria en la suma de \$41.693.208, por los primeros 24 meses siguientes a la terminación de la relación laboral. A partir del mes 25, la accionada debe pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las prestaciones sociales adeudadas

**CUARTO: Revocar** parcialmente el numeral quinto de la decisión apelada y, en su lugar, condenar a la demandada a pagar a Hernández Camacho la suma de \$17.360.789 por indemnización por no consignación de cesantía.

**QUINTO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

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



**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

Presidente de la Sala



**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

(Ausencia justificada)

**Sala de Casación Laboral**



**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

Aclaro voto 07/10/2020



**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**



**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**

(Ausencia justificada)



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

**Demandante:** José María Hernández Camacho

**Demandado:** Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda. – Copetran.

**Radicación:** 69731

**Magistrado ponente:** Iván Mauricio Lenis Gómez

Tal como lo expuse en la sesión en la que se debatió el asunto, considero conveniente clarificar un aspecto que, de no hacerlo, puede pasar desapercibido.

Me refiero, en particular, a la afirmación según la cual la falta de ratificación de un Convenio de la OIT por parte del Estado colombiano, no constituye impedimento alguno para que el juez laboral lo aplique como fuente supletoria de la ley, pues, considero, que la falta de dicha exigencia conlleva a que el instrumento internacional únicamente pueda considerarse como criterio orientador.

Lo anterior, toda vez que la Corte Constitucional en sentencia C-401/2005, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de señalar que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican de forma supletoria los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que «(i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) **el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia**» (resaltado fuera del texto original).

Luego, como el Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores no ha sido ratificado por Colombia, su contenido solo puede ser empleado como guía de orientación en la resolución de los conflictos laborales que guarden relación y no como norma supletoria, tal como se plasmó en la citada decisión constitucional.

Con esta precisión, dejo expuestas las razones de mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.



**CLARA CECILIA DUÉNAS QUEVEDO**  
**Magistrada**