

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-002-2021-00272-01**
Demandante: **LAURA MARCELA PERDOMO VARGAS**
Demandado: **TURISMO ELITE S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los **14 DIAS DEL MES DE AGOSTO DE 2023**, la Sala de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia emitida el 14 de julio de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

LAURA MARCELA PERDOMO VARGAS demandó a **TURISMO ELITE S.A.S.** para que previo el trámite del proceso ordinario laboral, se declare la existencia del contrato de trabajo, que terminó por culpa del empleador y por las razones de hecho y derecho plasmadas en la carta de renuncia “...las cuales obedecen a un acoso laboral y a la discriminación del género contra la trabajadora...”; en consecuencia, se condene a pagar las sumas que indican por concepto de salarios insolutos, reajuste de prestaciones sociales –cesantías, intereses, prima-, vacaciones;

indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST; diferencia por aportes en salud y pensión; costas y gastos del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda, que el Grupo Empresarial Elite S.A.S. es una organización empresarial de índole familiar; que desde el 2 de marzo de 2017 la actora fue vinculada a la demandada como trabajadora, percibiendo como salario la suma final de \$2.002.854, discriminado en: \$1.150.000 como asignación básica mensual, \$102.854 por auxilio de transporte, \$750.000 como un sobresueldo, cifra que se mantuvo constante por lo menos durante los últimos tres meses; que por acuerdo entre las partes, el contrato de trabajo varió en el sentido que la prestación del servicio como *Coordinadora del Sistema Integral de Gestión* no fuera solo a favor de la demandada, sino que a partir del 15 de abril de 2020 para todo el Grupo Empresarial Elite S.A.S., motivo por el cual se le reconoció el sobresueldo de \$750.000; que el 4 de noviembre de 2020 la accionante presentó carta de renuncia motivada, con efectos fiscales a partir del 10 de esa mensualidad, con el propósito de permitir el empalme con su reemplazo; no obstante, el empleador aceptó de inmediato la renuncia y la retiró de las instalaciones ese mismo día, “...dando a conocer a todo los demás miembros directivos del grupo empresarial, mediante mensaje WhatsApp informó a la trabajadora que se le cancelaría todas sus prestaciones y salarios hasta el 10 de noviembre citado...”.

Sostiene que la desvinculación obedeció a un despido indirecto, provocado por el empleador como se desprende los llamados de atención que obran como prueba; de los cuales, así como memorandos y sanciones impuestas, se deriva una conducta discriminatoria por parte del empleador, que obligó a la actora a presentar renuncia “...tal como el empleador lo necesitaba, aun cuando el desempeño de la trabajadora siempre estuvo ajustado a derecho en lo relativo al reglamento interno de la Organización, Resolución 0312 de 2019 (SG_SST), lo que constituye un despido injusto por causas atribuibles al Patrono...”; que el 26 de noviembre de 2020, ésta solicitó al representante legal de la accionada su liquidación definitiva concordante con las condiciones de trabajo; el 12 de enero de 2021 en solicitud de intervención ante el Ministerio del Trabajo buscó encontrar una solución al inconveniente presentado, diligencia que se

adelantó el 10 de febrero siguiente, sin que la parte convocada presentara ánimo conciliatorio; que la empresa adeuda las sumas que señala en el hecho 12 (fls. 3 y 4 PDF 02) por prestaciones sociales e indemnizaciones por terminación del contrato y por el no pago de la liquidación a la finalización del nexo laboral, que se reclaman con esta acción ordinaria laboral (fls. 1 a 8 PDF 02).

La demanda inicialmente fue repartida el 13 de julio de 2021 al Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme acta de reparto (fl. 41 PDF 02), autoridad judicial que, con proveído de 18 de agosto de la misma anualidad, la rechazó por competencia y la remitió a los Juzgados Laborales del Circuito de Zipaquirá (fls. 43 a 45 PDF 02); correspondiéndole por reparto al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca** (PDF 03); quien, con auto de 16 de septiembre de 2021, la admitió como **ORDINARIO LABORAL DE UNICA INSTANCIA** disponiendo la notificación a la parte demandada, en los términos allí indicados (PDF 04).

En audiencia consagrada en el artículo 72 del CPTSS, llevada a cabo el 3 de marzo de 2022, La sociedad accionada **TURISMO ELITE S.A.S.**, por conducto de apoderado descorrió el traslado de ley y, procedió a dar contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que la demandante se vinculó mediante un contrato a término fijo de tres meses el 2 de marzo de 2017, que la remuneración de ésta se estableció adicional al salario devengado el pago de un concepto por auxilio no constitutivo de salario como *alimentación y rodamiento*, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del CST, como aparece en el esquema de remuneración flexible con el cual contaba la demandante; con carta de fecha 14 de abril de 2020 fue ratificado con un OTROSI indicado como remuneración un salario de \$1.150.000 y dos auxilios no constitutivos de salario, un por concepto de alimentación y otro por concepto de rodamiento para un total de \$750.000, más el auxilio legal de transporte; que la actora “...desempeñó el cargo de Coordinadora del Sistema Integral de Gestión y debía realizar su labor de coordinación con mi representada y las compañías Ambulancias Elite SAS e IPS Humanisa SAS...”; por lo que “...no es cierto que los auxilios no constitutivos de salario se reconocieron a la

demandante como contraprestación directa del servicio...” sino que dichos auxilios se otorgaron “...como herramienta para que el trabajador cumpla a cabalidad con sus funciones y no como contraprestación del servicio, dejando claro que previa suscripción del OTROSI de fecha 10 de marzo de 2020, la demandante era conocedora del esquema de remuneración flexible con el que contaba, sin que se presentara oposición alguna, por el contrario, el OTROSI ratificó la situación el cual debidamente leído, aceptado y entendido sin que existieran vicios en el consentimiento por parte de la señor PERDOMO...”.

Precisó que la demandante presentó renuncia al cargo que venía desempeñando, por lo cual la accionada procedió con la respectiva aceptación, realizando el pago por concepto de liquidación final de prestaciones sociales hasta el día 10 de noviembre de 2020, tal como se evidencia en liquidación adjunta; que la renuncia al cargo obedeció a una decisión de la demandante “...siendo el caso señalar que los argumentos justificativos de su renuncia no fueron de recibo para la compañía ya que alegaba la existencia de una presunta persecución, omitiendo que la misma Ley 1010 de 2006 establece que el ejercicio de la potestad disciplinaria no constituye acoso laboral. Tal y como se evidencia de la prueba documental que se aporta, siempre fueron realizados los procesos disciplinarios a la demandante, los mismos se hicieron con el debido proceso y garantizando el derecho de defensa, tan es así que la misma demandante en algunas ocasiones se negaba a contestar las preguntas formuladas...”.

Considera que no se constituye despido indirecto alguno, ya que en la aceptación de renuncia se desvirtuaron uno a uno los argumentos genéricos que expuso la demandada (sic), ya que la misma indicaba que se presentaba un presunto acoso por los procesos disciplinarios adelantados y que no había tenido apoyo, con lo cual es claro que no es una justa causa para la terminación del contrato de trabajo imputable a la accionada, que “...es claro que en la aceptación de renuncia se le presentó se estableció que se le brindo acompañamiento necesario y se le garantizaron las condiciones necesarias para el adecuado ejercicio de su cargo, contrario a las diligencias de descargos en el marco de los procesos disciplinarios en los cuales era evidente el incumplimiento de su parte, sin que se hubieren tomado medidas más allá de la imposición de llamados de atención o suspensión por concepto de sanción disciplinaria...”.

Insiste en que “...las partes pactaron un esquema de remuneración flexible dentro del cual se tenía un componente salarial y dos beneficios no constitutivos de salario por concepto de alimentación y rodamiento, tal como se ratificó en OTROSI de fecha 10 de marzo de 2020, por lo que

no puede en el presente proceso desconocer lo pactado, ya que mi representada en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1393 de 2010 y artículo 128 del CST, suscribió un pacto de exclusión salarial. Debemos recordar que de conformidad con lo establecido en la Ley 1393 de 2010 los pactos de exclusión salarial tienen plena validez siempre y cuando se establezca en debida forma los beneficios a los cuales es acreedor el trabajador, que a su vez no exceda el 40% del total de la remuneración; siendo importante dar claridad al despacho que en algunas ocasiones con el fin de adquirir regalos para bienestar de los trabajadores por cumpleaños y otras eventualidades, debieron ser consignadas unas sumas de dinero a la demandante, sin que las mismas hicieran parte de la remuneración de la demandante o pago alguno como contraprestación directa del servicio, sino para efectos de adquirir los regalos encargados. En el presente caso tenemos que mi representada actuó en debida forma con los dos presupuestos señalados, es decir existe por escrito el pacto de exclusión salarial y a su vez, los beneficios de rodamiento y alimentación no exceden el 40% del total de la remuneración...”.

También mencionó que, el pago de las acreencias lo realizó a través de depósito judicial, mediante título que evidencia el pago oportuno de las prestaciones sociales, conforme el artículo 65 del CST, dado que la actora se negó a recibir el valor por concepto de liquidación final, la accionada “...en aras de garantizar los tiempos legalmente establecidos procedió a la respectiva consignación y posterior notificación, tal como se evidencia en la guía de envío antes señalada junto con el título de depósito judicial...”.

En su defensa, formuló la excepción previa de falta de competencia del juez en razón de la cuantía, y de fondo cobro de lo debido e inexistencia de la obligación, pago y compensación, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, excepción genérica (Audio y acta, PDF 09 y 12).

En la misma vista pública, el juez de conocimiento, resolvió sobre la excepción previa formulada por la parte accionada, considerando que, como las pretensiones de la demanda, acorde con el artículo 26 del CGP, superan los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, adecua el procedimiento para continuar su trámite como un **PROCESO DE PRIMERA INSTANCIA**, declarando probada la excepción previa planteada, de *habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que le corresponde.*

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zapaquirá – Cundinamarca, mediante sentencia de 14 de julio de 2022, resolvió:

*“(…) **Primero: Declarar** que el pacto de exclusión salarial celebrado sobre los auxilios de alimentación y rodamiento es ineficaz por contravenir lo reglado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.*

Segundo: Condenar a la entidad demandada **Turismo Élite S.A.S.**, a pagar a la demandante **Laura Marcela Perdomo Vargas**, las siguientes sumas y conceptos laborales:

- a. \$2.701.364,00 por concepto de la liquidación definitiva del contrato.
- b. \$ 423.677,99 por concepto de diferencias de auxilio de cesantías.
- c. \$ 43.779,92 por concepto de diferencia de intereses sobre cesantías.
- d. \$ 423.677,99 por concepto de diferencia de prima de servicios.
- e. \$ 218.118,83 por concepto de diferencia de vacaciones.
- f. \$ 58.162,26 diarios a partir del 11 de noviembre de 2020 y hasta por el término de 24 meses, si la mora persiste, a título de indemnización moratoria por la falta de pago oportuno y completo de salarios y prestaciones sociales contenida en el artículo 65 del CST.
- g. Los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 12 de noviembre de 2022, si la mora persiste, y hasta que se produzca el pago de lo adeudado por concepto de diferencias de cesantías y prima.
- h. La indexación de las condenas de los literales c) y e).

Tercero: Condenar a la entidad demandada **Turismo Élite S.A.S.**, a reajustar las cotizaciones a seguridad social en pensiones de la demandante **Laura Marcela Perdomo Vargas** con destino a la entidad en la que se encuentre afiliada en la actualidad, durante el tiempo comprendido entre enero y noviembre de 2020, con sujeción a los siguientes IBC en los que se incluyen los auxilios extralegales, junto con los intereses moratorios a que hubiere lugar.

| Ciclo | Salario básico | Auxilios | Base salarial |
|-----------------|-----------------|-----------------|------------------------|
| ene-20 | \$ 877.803,00 | \$ 281.000,00 | \$ 1.158.803,00 |
| feb-20 | \$ 877.803,00 | \$ 201.000,00 | \$ 1.078.803,00 |
| mar-20 | \$ 877.803,00 | \$ 301.000,00 | \$ 1.178.803,00 |
| abr-20 | \$ 877.803,00 | \$ 475.500,00 | \$ 1.353.303,00 |
| may-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 1.125.000,00 | \$ 2.275.000,00 |
| jun-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 1.150.000,00 | \$ 2.300.000,00 |
| jul-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 1.092.000,00 | \$ 2.242.000,00 |
| ago-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 780.000,00 | \$ 1.930.000,00 |
| sept-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 1.289.500,00 | \$ 2.439.500,00 |
| oct-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 684.000,00 | \$ 1.834.000,00 |
| nov-20 | \$ 1.150.000,00 | \$ 253.333,00 | \$ 1.403.333,00 |
| Promedio | \$ 1.051.019,27 | \$ 693.848,45 | \$ 1.744.867,73 |

Para una mejor ejecución de la sentencia, se concede a la parte demandante el término de **5 días** hábiles siguientes a su ejecutoria para que informe en qué entidad de seguridad social está afiliada, al cabo de lo cual la parte demandada cuenta con **5 días**

hábiles siguientes para elevar solicitud de elaboración de la liquidación de la deuda, y una vez realizada, tiene un plazo de **15 días hábiles** para pagarla a entera satisfacción. En caso de que la parte demandada no eleve solicitud, la parte demandante está habilitada para hacerlo dentro del término de **5 días** hábiles siguientes, y una vez elaborado el cálculo, la parte demandada tiene un plazo máximo de **15 días hábiles** para pagar a satisfacción.

Cuarto: Declarar parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido, y **no probadas** las demás excepciones.

Quinto: Autorizar a la entidad demandada **Turismo Élite S.A.S.**, a que descuente la suma de **\$2.701.364,00** de las condenas impuestas, a raíz del título de depósito judicial constituido a órdenes del Juzgado 1° Laboral del Circuito de este municipio, cuando la demandante lo reclamo o, en su defecto, eventualmente se autorice su pago en aquel escenario o en este juzgado, previo trámite interno de conversión.

Sexto: Absolver a la entidad demandada **Turismo Élite S.A.S.**, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

Séptimo: Condenar en costas de primera instancia a la parte demandada. En su liquidación, inclúyase la suma de **\$2.000.000** por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, al tenor de lo preceptuado en el artículo 5° del Acuerdo PSAA16 10554 de 2016 emitido por el consejo superior de la judicatura ...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 17 y 18 Cdo. 1ª instancia).

III. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la accionada, interpuso y sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Gracias su Señoría, respetuosamente me permito interponer recurso de apelación, solicitando desde ya al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, revoque parcialmente la sentencia contenida en la presente grabación.

Lo anterior, toda vez que, respecto a la condena por la ineficacia del pacto de exclusión salarial, no se entiende como el Despacho desconoce lo dispuesto en el artículo 128 del CST al igual que en la Ley 1393 de 2010. Lo anterior, toda vez que, efectivamente obra en el expediente el pacto de exclusión salarial que se señaló y en ese sentido debe tenerse como eficaz, ya que más allá de la autonomía de la voluntad privada, la cual entendemos no existe o existe relativamente en materia laboral en razón a que es una norma de orden público; lo cierto es que el mismo código establece unos mínimos, por lo que se equivoca el juez al señalar que la compañía omite o incumple en lo dispuesto en el artículo 127.

Lo cierto es que, el artículo 127 del CST, establece que elementos constituyen salario, pero a su vez el artículo 128 del CST establece cuales no constituyen y establece propiamente los beneficios de transporte y alimentación; en ese sentido, no puede tenerse como ineficaz un pacto de exclusión salarial que está a la luz del artículo 128 y que a su vez, en el mismo interrogatorio de parte rendido por la señora PERDOMO establece que si conocía, si bien de manera evasiva establece que no recuerda el pago, lo cierto es que si lo recuerda porque en la misma liquidación está estableciendo el valor y en la misma demanda está estableciendo que habían unos pagos no constitutivos, solicitándolos que sean

constitutivos de salario; entonces, no puede derivarse que por el dicho de la trabajadora de no recordar, efectivamente vayamos a tener como ineficaz ese pacto de exclusión salarial.

En ese sentido, derivado de la revocatoria de la ineficacia de ese pacto de exclusión salarial, se debe tener en cuenta que no es procedente el pago de prestaciones sociales como lo señala el Despacho, a razón de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, toda vez que efectivamente al existir la eficacia del pacto de exclusión salarial, lo cierto es que mi representada en debida forma liquidó y pagó la liquidación de prestaciones sociales.

Llámesese la atención, en el sentido de que se revoque la condena por concepto de indemnización moratoria, toda vez que no puede el Despacho señalar que existe un actuar de mala fe, tal cual y como bien lo señala no procede de forma automática la indemnización moratoria del artículo 65 sino hasta que se evidencie la mala fe, y no se entiende como estando a la luz del artículo 128, existiendo el pacto de exclusión salarial, el interrogatorio de parte de la señora PERDOMO, se vaya a establecer que existió mala fe de parte de mi representada cuando, en este momento es cuando su Señoría está declarando ineficaz el pacto de exclusión salarial, en ese sentido no se evidencia actuar de mala fe, y aquí quiero hacer una claridad en el mismo interrogatorio tanto del representante legal como de la señora PERDOMO y en el testimonio de la señora PATRICIA, se equivoca el juzgado porque está mezclando los conceptos, porque?, porque aclararon ellos mismos que uno era el reembolso de los gastos que se daban con ocasión de los eventos de regalos, chocolates y demás que señalaba y otro era el pago de los beneficios no constitutivos de salario; aquí el juez en el fallo efectivamente lo que nos está diciendo es que se le entregaba los beneficios y luego se cuadraba caja y se reembolsaba, no; se aclaró y efectivamente que el Despacho no lo hubiera entendido así no quiere decirle que sea efectivamente la realidad; lo cierto aquí es que uno era el reembolso de gastos como la misma señora PERDOMO estableció, si yo cuadraba con ellos después de ir a comprar los regalos para los eventos y aparte y como se ve en el pacto de exclusión salarial existían los pactos no constitutivos de salario; entonces no puede pretender el Despacho generar que la mala fe de mi representada va enfocado en un auxilio que después reembolsaba, no, reitero y verá, un reembolso de gastos tal y como ella misma, la señora PERDOMO lo afirma en el interrogatorio de parte y que omitió totalmente el Despacho y otro era el pago por concepto de auxilios no constitutivos de salario que en la misma liquidación se establecen.

En ese sentido, se debe revocar la condena: 1º) De la eficacia del pacto de exclusión salarial, toda vez que está a luz del artículo 128 y en gracia de discusión como señalaba el Despacho, se excedieron los porcentajes establecidos en la ley 1393, pues lo cierto es que aquí lo que solicitaban en la demanda era la declaratoria salarial de esos elementos, pero la consecuencia legal de exceder esos límites pues está en cabeza de las entidades administrativas como la UGPP, para efectos de generar el cobro de lo que me excedí en 40% y no eso sea un indicio para generar que era un pago constitutivo de salario; el mismo artículo 128 está validando que los auxilios por concepto de alimentación y transporte son válidos y no podemos llegar al límite de señalar que como no probamos la compra de alimentación o la toma de transporte no se pueda pactar un esquema de remuneración flexible con un trabajador. En ese sentido, es eficaz totalmente el pacto de exclusión salarial y derivado de ello pues, lo lógico es que no exista una condena por prestaciones sociales ni indemnización moratoria, reitero, porque no se probó la mala fe; tan es así, que ni siquiera en la renuncia presentada de parte de la señora PERDOMO se

estableció alguna diferencia o alguna contradicción respecto de los pagos realizados.

Igualmente, no puede generarse derivado de ello, la moratoria posterior al mes 24, pues está llamado a que se revoque efectivamente, porque no hubo, reitero evidencia de mala fe. Igualmente, debe revocarse la condena respecto de indexación, toda vez que al no haber lugar efectivamente a los pagos condenados por este Despacho, se cae de su peso que exista una indexación.

Igualmente solicito, se revoque la condena por concepto del pago de liquidación de prestaciones, la cual si bien en el numeral 5° establece el Despacho que se puede descontar del valor, pues lo cierto es que no podemos generar que por el hecho de que la señora PERDOMO no ha reclamado a la fecha el título de depósito judicial que fue entregado en debida forma y de conformidad como dice la ley, pues que tenemos que esperar a que le ingrese a su patrimonio para poder descontar, es una negligencia por parte de la demandante no reclamar el título que desde el mes de noviembre de 2020 se le informó que estaba a su disposición, luego no radica en cabeza del demandado solicitar el título de depósito, porque llegamos al límite donde reclamamos el título y luego nos informa que efectivamente no existió un pago.

Por lo tanto, solicito a los Honorables Magistrados revocar parcialmente, reitero, el fallo desde el punto de vista que si se declare eficaz el pacto de exclusión salarial, y derivado de ello se absuelva a mi representada de las condenas por concepto de pago de liquidación de prestaciones la cual se hizo por constitución de título de depósito judicial, y las condenas por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65, intereses moratorios con posterioridad al mes 25, la indexación y derivado de ello el numeral tercero, en donde se le obliga a reajuste por concepto de seguridad social, toda vez que el IBC devengado por la trabajadora fue que se realizó el correspondiente aporte por seguridad social, el cual era \$1.150.000. En ese sentido concepto deyo sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias su Señoría...”

El juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término para alegar en segunda instancia, el apoderado de la parte demandada, presentó alegaciones, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que en dicha providencia equivocadamente condenó a mi representada, cuando la misma en todo momento dio cumplimiento efectivo a sus obligaciones laborales, por lo que TURISMO ELITE S.A.S. no le adeuda a la demandante acreencia laboral alguna; para lo cual señala:

“(…) 2.1. ERRORES EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS DE PARTE DEL FALLADOR DE PRIMERA INSTANCIA

Desde ya debemos llamar la atención de los Honorables Magistrados, ante la errónea interpretación de parte del Juzgador de primera instancia, toda vez que omitiendo lo dicho por la demandante en interrogatorio de parte, procede a declarar ineficaz el pacto de exclusión salarial suscrito entre las partes.

El Juez del circuito, a pesar de la aclaración que hizo la señora Laura Perdomo respecto de la diferencia de los percibido por concepto de reembolso de gastos y los auxilios no constitutivos de salario establecido en el marco de la relación laboral, tomó como fundamento de su fallo que los pagos no constitutivos de salario se entregaban como contraprestación directa del servicio, cuando la misma demandante indico que ciertos montos eran los reembolsos de los gastos que le hacia la compañía, cuando con ocasión de su cargo le encargaban la compra de detalles o regalos para los demás trabajadores, en celebraciones como la fiesta de la Virgen del Carmen, Cumpleaños, amor y amistad, por lo que mensualmente existía una variación en las asignaciones por concepto de reembolsos y otra suma diferente era la que se otorgaba por concepto de rodamiento y alimentación.

En ese sentido, al declarar la ineficacia de el (sic) pacto de exclusión salarial suscrito, desconoce la jurisprudencia y normatividad al respecto tal como la ley 1393 de 2010 en su artículo 30, así como el mismo artículo 128 del CST donde establece en primer lugar que las partes hayan pactado la naturaleza no salarial de los beneficios a otorgar y en segundo lugar que los emolumentos tales como alimentación y rodamiento son perfectamente válidos para efectos de entregar por mera liberalidad, y las cuales no se otorgan como contraprestación directa del servicio.

En el curso del proceso, no fue probado de parte de la demandante que las sumas de dinero otorgadas como auxilios no constitutivos de salario se dieran como contraprestación del servicio, por el contrario, en el interrogatorio de parte tanto al representante legal de mi representada como la testigo Patricia Quintero se ratificó que se trataba de sumas de dinero que se otorgaban para desempeñar a cabalidad sus funciones y a su vez la señora Perdomo acepto haber suscrito y acordado la naturaleza no salarial de los beneficios, por lo que a la luz de la jurisprudencia no puede desconocerse por el juzgador el pacto de las partes y en su lugar establecer que son sumas salariales sin tener evidencia que las mismas hubiesen sido contraprestación directa del servicio, y a su vez al intentar acreditar que el incremento del salario se dio con un incremento de funciones, se pudo corroborar que la asignación salarial adicional no obedeció a funciones adicionales sino a la graduación de la demandante.

Reiteramos la diferenciación entre los dineros entregados por concepto de reembolso de gastos (para compra de regalos y detalles para bienestar del personal) y los auxilios de rodamiento y alimentación otorgados, en donde el Juez del Circuito erró en el entendimiento de la validez de cada uno de los conceptos, resultando así que mi representada no adeuda valor alguno por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, y mucho menos por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST ya que no existió mala fe de parte de mi representada, y la misma no puede predicarse por el hecho de contar con un esquema de remuneración flexible pactado entre empleador y trabajador.

En ese sentido y ante la errónea interpretación de parte del Juzgador de primera instancia, es claro que al no existir ineficacia del pacto de exclusión salarial

suscrito, y entender la diferenciación entre los dineros girados por reembolsos de gastos y los beneficios no constitutivos de salario es totalmente improcedente imponer una condena por indemnización moratoria basada en la supuesta mala fe del empleador, la cual es inexistente pues reitero en vigencia de la relación laboral y a la finalización de la misma se cancelaron todas y cada una de las acreencias a que tenía derecho.

2.2. PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL

Desde el momento de la vinculación, se pactó con la demandante que las sumas a ella otorgada en virtud del esquema de remuneración flexible, no serían tomados en cuenta como salario, tanto así, en el otro sí suscrito el 10 de marzo de 2020, las partes, de mutuo acuerdo, establecieron un esquema de remuneración flexible consistente en dos auxilios no constitutivos de salario, uno a título de alimentación y otro bajo el concepto de rodamiento, los cuales se otorgaron por mera liberalidad de mi representada y con el fin de que la señora PERDOMO pudiese realizar sus labores, más no como remuneración a las mismas, todo, en consideración al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Vale la pena resaltar que en vigencia de la relación laboral e incluso desde la suscripción del otro sí en mención, la señora Perdomo no presentó reclamación o queja alguna respecto al esquema ya que al momento de indicarle en qué consistía el esquema de remuneración flexible la misma ratificó su aceptación

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 5159 de 2018, expresó que el criterio para determinar el salario de un trabajador descansa en “la ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido”, es decir, todas aquellas sumas que impliquen una remuneración por la labor realizada”, en este sentido, los montos otorgados por causas distintas no pueden ser conceptualizados por salariales, tanto, así, en la providencia en mención la Corporación afirmó:

Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. (...) Vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

Por lo anterior, conceptos como auxilios por alimentación o rodamiento, tales como constan en el otrosí firmado por las partes en el mes de marzo de 2020 y que reposa en el expediente, da cuenta que la destinación de tales dineros no se dirigió a recompensar la función realizada por la demandante, sino a contribuir a la señora PERDOMO en su bienestar, más aún cuando la razón por la que se otorgó obedeció ultimadamente a un acto de mera liberalidad de TURISMO ELITE S.A.S. Así mismo, cabe resaltar que las sumas en su momento reconocidas como auxilios no salariales, jamás excedieron los límites consagrados en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, vale decir, no excedieron el 40% del total de la remuneración otorgada a la señora PERDOMO.

Así mismo, es claro que de manera errónea el juzgador de primera instancia ignoró las declaraciones de la señora Perdomo y así como el interrogatorio de mi representada y los testimonios practicados, pues había excedentes que no eran ni salariales ni constitutivos de salario y menos hacían parte del esquema de remuneración por lo cual no puede predicarse un exceso en los límites establecidos en la Ley 1393 de 2010.

Finalmente, es evidente que las partes, en el otrosí en comento, claramente detallaron el fin de los auxilios no constitutivos de salario, toda vez que es fundamental haber establecido a priori de manera expresa, precisa y clara por qué las sumas a reconocer no deberán ser tomadas como salario, por ello, no hay dudas que el valor reconocido en favor a la demandante se efectuó únicamente para el ejercicio correcto de sus actividades, dado cabal constancia de esta situación en el otrosí suscrito, máxime, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que es responsabilidad del empleador demostrar probatoriamente el carácter no salarial de dineros otorgados a los trabajadores, según es notable en la sentencia SL 12220 de 2017, donde la H. Corte afirmó:

(...) no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló:

Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante.

Así las cosas, es claro que mi representada con la prueba documental y testimonial allegada al proceso, acredito en debida forma que los beneficios no constitutivos de salario, se otorgan para el cabal desempeño de las funciones y no como contraprestación directa del servicio, pues el salario fue pactado desde el principio, sin embargo, para facilitar la prestación de los servicios se pactaron dos auxilios por concepto de rodamiento y alimentación.

2.3. PAGO OPORTUNO DE TODAS LAS ACREENCIAS LABORALES EN FAVOR DE LAURA MARCELA PERDOMO VARGAS

Ahora bien, a la señora PERDOMO se le pagaron todas y cada una de las acreencias laborales a las que tenía derecho, tanto así se evidencia en la liquidación final del contrato, el cual tuvo como extremos el 02 de marzo de 2017 y el 10 de noviembre de 2020.

Sobre el particular, en la liquidación en comento se evidencia el cálculo y el reconocimiento de los valores respectivos a la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, días pendientes a la finalización del vínculo laboral y aportes a seguridad social en pensiones, por lo que es notable que sí le fueron reconocidas a la señora PERDOMO todas las acreencias causadas a las que tenía derecho, los cuales se efectuaron bajo el valor salarial que realmente devengó la trabajadora, equivocándose el Juez del Circuito al considerar que las sumas correspondientes a los beneficios no constitutivos de salario debían de reconocerse como base para el cálculo de sus acreencias, ya que, se itera, los

mismos no contaban con la finalidad de remunerar las funciones realizadas por la demandante.

Por si ello no fuera suficiente para acreditar el cumplimiento de TURISMO ELITE S.A.S. con la demandante, no sobra resaltar que esta última se negó a recibir la suma respectiva a su liquidación, por lo que mi representada se vio en la obligación de consignar, mediante un título judicial, las acreencias laborales a las que tenía derecho la señora PERDOMO, tanto así, en el expediente del proceso de la referencia reposan las constancias de envío número 00046372394 y depósito número 143855394, que dan cuenta que sí le fue reconocido a la demandante las sumas a las que tiene derecho.

No puede el Juzgador de primera instancia, obviar el trámite establecido en el artículo 65 del CST, para los casos en que el trabajador omite recibir el pago por concepto de liquidación final de prestaciones sociales, por lo que erró el juez de primera instancia al indicar que el hecho que la demandante no retirara el título del Banco Agrario implicaba No pago de las obligaciones., ya que excede la responsabilidad de la compañía en el obligar a aquella a retirar aquellos montos, ya que TURISMO ELITE SAS consignó el valor de la liquidación y remitió por medio idóneo (correo certificado) la documentación debida y necesaria para el efectivo retiro de dinero

2.4. IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CST.

El artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo contempla que, cuando el empleador no paga al trabajador, a la terminación del contrato, los salarios y las prestaciones debidas, el primero debe de pagar al segundo una indemnización consistente en un día de salario por cada día de retraso, hasta que se dé constancia del pago respectivo. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la indemnización en mención no procede de manera automática, sino que es requisito sine qua non que el empleador haya actuado de mala fe, tanto así, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 16967 de 2017, estableció: “Es menester precisar que en todos los casos debe evaluarse la buena o mala fe del empleador, para imponer la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales.”

Lo propio estableció esta Corporación en el fallo con radicado 55280 de 2017:

En punto a la temática propuesta, se ha de precisar que esta Corporación reiteradamente ha puntualizado que la indemnización moratoria, no opera de manera automática, sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su actuar y lo ubiquen en el terreno de la buena fe.

Para esto, se ha establecido que el juez debe adelantar un examen del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo.

Es claro entonces que la aplicación de la indemnización moratoria necesita de tres requisitos fundamentales: (i) que se tenga la calidad de empleador, en consecuencia, (ii) se encuentre en mora en el pago de salarios o prestaciones y (iii) que haya mediado mala fe por parte de este.

Frente a los elementos previamente mencionados, es clarísimo que TURISMO ELITE S.A.S., si bien fue el empleador de la señora PERDOMO, no obstante, jamás se encontró en mora en el pago de salarios o prestaciones y nunca actuó con mala fe. Con respecto a la mora, mi representada recibió la carta de renuncia de la demandante, de la cual, por más de que no compartiera las improcedentes alegaciones realizadas por la demandante, aspecto que implicó que aceptara la renuncia presentada como pura y simple, lo cierto es que TURISMO ELITE S.A.S. dio trámite a las gestiones necesarias cuando finaliza un vínculo contractual con algún trabajador, tanto así, procedió con la entrega de la copia de los últimos tres meses de aportes a seguridad social, orden del examen médico de retiro, al igual que la liquidación final del contrato.

En concordancia con lo mencionado, mi representada procedió con la consignación del valor procedente a la liquidación final por medio de un depósito judicial, todo con el objetivo de que la demandante pudiera recibir la suma que le correspondía por derecho, más aún cuando la misma se negó a recibirla, aspecto además, que acredita tanto la ausencia de mora en el pago, como la carencia de la mala fe en el actuar de TURISMO ELITE S.A.S., toda vez que la demandada se preocupó siempre por dar cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleadora, dando uso de las herramientas que el ordenamiento jurídico colombiano le otorga, procediendo de esta manera con un actuar sumamente diligente.

En ese sentido no puede el fallador de primera instancia alegar la existencia de mala fe, cuando existe un pacto de exclusión salarial, ratificado por la demandante, mediante el documento aportado en el proceso y en el interrogatorio de parte, por lo que si en gracia de discusión se tiene como ineficaz el pacto señalado, existiría la eventual diferencia en el pago de las prestaciones sociales, sin embargo, no puede generarse como un acto de mala fe la suscripción del documento (pacto exclusión salarial), pues la misma norma establece la validez de los esquemas de remuneración flexible, así como el artículo 128 del CST, siendo improcedente la condena por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST..." (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación, se advierte que no existió controversia frente a los siguientes supuestos fácticos: las partes estuvieron atadas por un contrato de trabajo a término fijo menor a 1 año, con un término inicial de tres (3) meses, que

se prorrogó de manera automática y estuvo vigente entre el 2 de marzo de 2017 y el 10 de noviembre de 2020, desempeñando la demandante el cargo de *Coordinador del Sistema Integral de Gestión SIG*, con un salario inicial equivalente al mínimo legal mensual y final de \$1.910.853; como se colige de la respuesta a la demanda (Audio y acta, PDF 09 y 12), y se corrobora entre otras documentales visibles en el PDF 08, con el contrato de trabajo (archivo 01), con el OTROSI al contrato de 10 de marzo de 2020 en el que se pacta el reconocimiento de auxilios *-rodamiento y alimentación-* como no salariales, sin especificar monto (archivo 02); con el compromiso suscrito el 14 de abril de 2020, mediante el cual se modifica el cargo de la trabajadora y el salario a partir del 15 de abril de 2020, precisándose en el numeral primero: “...se modifica el cargo de la trabajadora de *COORDINADORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN (SIG)* de la sociedad *TURISMO ELITE S.A.S.*, por el de *COORDINADORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN (SIC)* de la sociedad *GRUPO EMPRESARIAL ELITE S.A.S.*, conformada por *TURISMO ELITE S.A.S.*, *AMBULANCIAS ELITE S.A.S.* e *IPS HUMANIZAR S.A.S.*...”, y en el numeral cuarto: “...El empleador pagara al trabajador por la prestación de su servicio el salario acordado entre las partes: base de cotización millón ciento cincuenta mil pesos m/c (1.150.000) más subsidio de transporte más setecientos cincuenta mil pesos m/c (\$750.000), no liquidables dando un total de millón novecientos diez mil ochocientos cincuenta y tres mil pesos m/c (1.910.853) netos, desde el 15 de abril de 2020...” (archivo 03); con la carta de renuncia de fecha 4 de noviembre de 2020, con efectos a partir del 10 de ese mes y año; y con la misiva de aceptación, calendada 4 de noviembre de 2020 y con constancia de recibido de la trabajadora el 10 de ese mismo mes y año (archivo 05); con la liquidación del contrato de trabajo y la comunicación dirigida al Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante la cual se pone a disposición a través de pago por consignación la liquidación de la demandante, realizada en el Banco Agrario, con orden de entrega a ésta del depósito judicial, según consignación efectuada el 1/12/2020 por valor de \$2.701.364 (archivo 06); y con los comprobantes de nómina del año 2020 (archivo 17), entre otros documentos militantes en el expediente.

Por consiguiente, la controversia en esta instancia radica en determinar si:

(i) los auxilios de alimentación y rodamiento son constitutivos de salario como lo coligió el juzgador de primer grado, o por el contrario los mismos no son factor

salarial como lo sostiene el recurrente; (ii) quedó acreditada la buena fe patronal que permita exonerar a la pasiva de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; (iii) debe la demandada el valor de la liquidación definitiva por la que constituyó título de depósito judicial y realizó su pago a través de consignación ante el Juzgado Laboral.

Frente al primer punto señalado; debe recordarse que conforme el artículo 127 del CST, *“...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”*. A su vez el apartado 128 *Ibíd*em, establece que no constituyen salario *“...las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgadas en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituye salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, y de servicios o de navidad...”*.

De las normas en mención, por regla general, se colige que todo pago que efectuó el empleador al trabajador de manera habitual, como contraprestación directa del servicio, sin importar la denominación que se adopte, tiene la connotación de salario como lo señala de manera expresa el artículo 127 del CST; a menos que resulte totalmente claro que su reconocimiento o entrega obedece a una finalidad diferente, o que se demuestren las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o en otras palabras, que su causa no es remunerativa de ese servicio prestado. Ahora, sobre la carga de la prueba de dicha situación, la jurisprudencia ha considerado que la misma compete al empleador, quien cuenta con la información suficiente para demostrar que lo pagado al trabajador tiene una causa distinta a retribuir su fuerza de trabajo, y de no hacerlo deberá asumir su

responsabilidad en tal sentido. Es así, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL12220 de 2017, reiterada en la SL5159 de 2018, consideró:

*“(...) no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. **Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa...**” (resalta la Sala).*

La misma Corporación, en sentencia SL8216-2016, señaló:

*“(...) Se pactó así, en favor del trabajador el pago de \$362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. **Es decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante...**”.*

En el presente caso, el recurrente considera que, el juzgador de instancia, desconoció el acuerdo de las partes, donde se establece que los auxilios no son salariales, señalando

“...respecto a la condena por la ineficacia del pacto de exclusión salarial, no se entiende como el Despacho desconoce lo dispuesto en el artículo 128 del CST al igual que en la Ley 1393 de 2010. Lo anterior, toda vez que, efectivamente obra en el expediente el pacto de exclusión salarial que se señaló y en ese sentido debe tenerse como eficaz, ya que más allá de la autonomía de la voluntad privada, la cual entendemos no existe o existe relativamente en materia laboral en razón a que es una norma de orden público; lo cierto es que el mismo código establece unos mínimos, por lo que se equivoca el juez al señalar que la compañía omite o incumple en lo dispuesto en el artículo 127.

Lo cierto es que, el artículo 127 del CST, establece que elementos constituyen salario, pero a su vez el artículo 128 del CST establece cuales no constituyen y establece propiamente los beneficios de transporte y alimentación; en ese sentido, no puede tenerse como ineficaz un pacto de exclusión salarial que está a la luz del artículo 128 y que a su vez, en el mismo interrogatorio de parte rendido por la señora PERDOMO establece que si conocía, si bien de manera evasiva establece que no recuerda el pago, lo cierto es que si lo recuerda porque en la misma liquidación está estableciendo el valor y en la misma demanda está estableciendo que habían unos pagos no constitutivos, solicitándolos que sean constitutivos de salario; entonces, no puede derivarse que por el dicho de la trabajadora de no recordar, efectivamente vayamos a tener como ineficaz ese pacto de exclusión salarial...”.

Como se indicó líneas atrás, en el OTROSI CELEBRADO ENTRE TURISMO ELITE SAS Y LAURA MARCELA PEDOMO VARGAS, al contrato de trabajo, se pactó el

reconocimiento de unos auxilios con carácter no salarial; al establecerse: “...**PRIMERO: AUXILIOS NO SALARIALES: EL EMPLEADOR** podrá reconocer a **EL TRABAJADOR**, por mera liberalidad los siguientes auxilios no constitutivos de salario, los cuales no transgreden los límites establecidos por la Ley 1393 de 2010 en su artículo 30: **1. AUXILIO NO SALARIAL DE RODAMIENTO – EL EMPLEADOR**, por un acto de mera liberalidad, reconocerá al trabajador un auxilio no salarial mensual, por concepto de **RODAMIENTO**, el cual se concederá y pagará para el correcto ejercicio de las actividades del trabajador. **2. AUXILIO NO SALARIAL DE ALIMENTACIÓN – EL EMPLEADOR**, por un acto de mera liberalidad, reconocerá al trabajador un auxilio no salarial mensual, por concepto de **ALIMENTACIÓN**, el cual se concederá y pagará para el correcto ejercicio de las actividades del trabajador...”; y en el párrafo del aludido numeral, se dijo: “...El auxilio reconocido al **TRABAJADOR** se concede como un acto de mera liberalidad del **EMPLEADOR**, como herramienta para que **EL TRABAJADOR** cumpla a cabalidad sus funciones y no como contraprestación del servicio. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que el auxilio mencionado en la presente cláusula no constituye salario, ni factor salarial, prestacional e indemnizatorio para la liquidación de acreencias laborales, lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996...” (fl.1, archivo 02 PDF 08).

En el documento referenciado *Compromiso entre Turismo Elite SAS y Laura Marcela Perdonó Vargas*, suscrito el 14 de abril de 2020, se modifica el cargo de la trabajadora y el salario a partir del 15 de abril de 2020, precisándose en el numeral

“...**PRIMERO:** se modifica el cargo de la trabajadora de **COORDINADORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN (SIG)** de la sociedad **TURISMO ELITE S.A.S.**, por el de **COORDINADORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN (SIC)** de la sociedad **GRUPO EMPRESARIAL ELITE S.A.S.**, conformada por **TURISMO ELITE S.A.S.**, **AMBULANCIAS ELITE S.A.S.** e **IPS HUMANIZAR S.A.S.**...”, y en el numeral “...**CUARTO:** El empleador pagara al trabajador por la prestación de su servicio el salario acordado entre las partes: base de cotización millón ciento cincuenta mil pesos m/c (1.150.000) más subsidio de transporte **más setecientos cincuenta mil pesos m/c (\$750.000), no liquidables** dando un total de millón novecientos diez mil ochocientos cincuenta y tres mil pesos m/c (1.910.853) netos, desde el 15 de abril de 2020...” (resaltado fuera de texto, arch 03):

Para el año 2020, a la accionante en la nómina quincenal, se le reconoció un concepto denominado “...**I.N.S.RODAMIENTO/ALIMENTACION...**”, por valor de \$100.500 hasta la primera quincena de abril, a excepción de las primeras quincenas de enero y marzo que recibió \$180.500 y \$200.500 en ese ítem; a partir de la segunda quincena de abril y la primera de mayo se registra en el mismo concepto la suma de \$375.000,00 en cada una; en la segunda quincena de mayo

y primera de junio el valor de \$750.000 en cada una; en la segunda quincena de junio el valor de \$400.000; en las quincenas de julio se relaciona \$380.000 y \$712.000; en las quincenas de agosto \$380.000 y \$400.000; en las quincenas de septiembre \$422.000 y \$867.500; en las quincenas de octubre \$380.000 y \$304.000, y en los 10 días de noviembre de 2020 \$253.333 (fls. archivo 17 PDF 08).

Sobre la remuneración de la demandante, en los interrogatorios practicados, las partes y la única testigo escuchada –Patricia Quintero Martínez, Jefe Administrativa de la sociedad demandada-, señalaron lo siguiente:

La demandante –Laura Marcela Perdomo Vargas-, que su salario inicial fue de \$1.200.000, que no recuerda que se le hubiere indicado que dicha retribución era flexible, esto es que una parte constituía salario y la otra no; que le aumentaron su salario porque le aumentaron las funciones; que mensualmente se le consignaba a su cuenta la suma de \$750.000 *“...pero era en todos los meses, no era eventual o como bono, sino era todos los meses que me hacían esa consignación...”*; que el pago de la referida suma y del aumento de salario se dio a partir de abril de 2020; también comentó que la empresa tenía hacía eventos y tenía detalles con los trabajadores en fechas específicas como el día de la Virgen del Carmen, cumpleaños de los trabajadores, día del amor y la amistad, etc., por lo que ella *“...Mensualmente yo sacaba de mi dinero para comprar detalles de cumpleaños o en el tema de amor y amistad, yo sacaba de mi dinero, se compraba el detalle, dulces bueno en fin lo que fuera, y yo pasaba un recibo a la parte contable o a recursos humanos y ellos me desembolsaban, me devolvían el dinero...”*; que eso se hacía porque *“...se quería tener un detalle con los trabajadores, obviamente no era una decisión que yo tomaba, sino que se consultaba con la gerencia si aceptaban o no hacer ese tipo de detalles y obviamente si aceptaban se realizaba...”*; y que eventualmente ella tenía de *“...dirigirse a las fincas por solicitud digamos del cliente para hacer una inspección a los vehículos, era eventualmente...”*.

El representante legal de la sociedad demandada –William Quintero Martínez-, sostuvo que el incremento de los \$750.000 a la accionante se dio *“...El incremento se hizo desde el mes de abril de 2020. y el motivo fue por la graduación de ella, inclusive se le incrementó la base salarial que ella venía con un salario mínimo y se e incremento a \$1.150.000 la base de cotización...”*; que el monto del salario a partir de esa fecha fue de *“...\$1.900.000 era un sistema de remuneración flexible donde había un monto constitutivo y no constitutivo...”*; que el

reconocimiento de los auxilios de alimentación y rodamiento se dio porque “...bueno señor juez, inicialmente ese acuerdo se hizo, ella venía con un salario mínimo y un auxilio no constitutivo por motivo de tratar de mejorar el ambiente laboral.; sumerces puede verificar en las evidencias de los comprobantes de pago siempre los salarios eran diferentes mes a mes, quincenalmente que es como pagamos, no habían valores exactos, porque precisamente nosotros somos una empresa familiar pequeña donde inicialmente por recomendación de la mamá de ella –aludiendo a la demandante- que es la profesora de mis hijos en ese momento, darle la oportunidad de adquirir experiencia en el área de seguridad y salud en el trabajo, sabiendo de que no era profesional en su momento, entonces por eso teníamos la persona encargada de firmar y de revisar el sistema que era el jefe del sistema en ese momento Agencia &Q, para poder realizar toda la parte documental, presencial y ellos lo tenían virtual que era el contrato que había con ellos, entonces ese salario era un sistema de remuneración flexible donde habían unos valores no constitutivos y esos valores no constitutivos precisaban en ocasión de que cuando la gente cumplían años, cuando habían eventos de amor y amistad, de la Virgen de Carmen nosotros autorizábamos a ella de mutuo acuerdo, verbal porque no creo que de eso haya documento, donde la autorizábamos que ella comprara unos detallitos que eran unos chocolates, unas almendras, unas cositas y se les daba, pero en ningún momento era beneficiando económicamente a ella, por lo menos otras cosas, cuando ella deseaba venirse en taxi porque tenía su subsidio de transporte, que quisiera venirse en taxi porque el horario era solamente de lunes a viernes que ni siquiera le daba cumplimiento a las horas que eso si fue de común acuerdo con nosotros, el almuerzo exactamente igual, cuando ella deseaba almorzar un domicilio o algo pues uno trataba de tener llamémoslos incentivos y por eso se hizo ese valor, eso se hizo desde la fecha que ella se graduó que fue en marzo, y nosotros decidimos tener ese reconocimiento no constitutivo si se le incrementó al constitutivo porque ella en algún momento decía que un valor diferente desde el comienzo de la relación laboral, eso es falso porque también están las evidencias del salario y los desprendibles donde ella recibía un ingreso menor y se le incrementó al constitutivo y al no constitutivo en mutuo acuerdo con ella...”.

Indicó que se registraba en nómina con cargo al Ítem de AUXILIOS DE RODAMIENTO Y ALIMENTACIÓN, lo que la actora utilizaba mensualmente para las eventos que hacía la compañía, como en la compra de los detalles cuando la gente cumplía años, para el día del amor y la amistad, el día de la Virgen del Carmen, etc, se le devolvía o reembolsaba lo que gastaba, “...o sea lo ingresábamos como no constitutivo porque eran valores variables y por eso el salario siempre esa variable, o sea no era fijo...”, siendo esa la razón por la cual el monto del auxilio de rodamiento y alimentación no fuera igual todos los meses “...por estos valores que le comento señor juez, por la compra de los detalles...”.

La declarante –Patricia Quintero Martínez, refirió que el salario de la accionante inicialmente era del mínimo legal, “...Ingresó con salario mínimo, en el momento ella era estudiante, se le facilitó el tiempo para que continuara con sus estudios, era de lunes a viernes cuando trabajaba, en el momento el salario mínimo, el subsidio de transporte y todos los temas

legales...”; al preguntarle el director de proceso que si ese salario se había mantenido durante el tiempo que estuvo vinculada la accionante, refirió “...en el momento ella tenía el salario mínimo con su subsidio, y tenía un no constitutivo de salario con respecto a detalles, ella me hacía el favor a mí de pronto de traerme una resma, eran retribuciones que le dábamos a ella pues de gratitud se le daban valores mínimos en el momento; ya cuando ella se graduó que fue en el 2020, se le hace un reconocimiento un ajuste salarial donde quedo con \$1.150.000 algo más del mínimo para la fecha, con su subsidio de transporte y pues se dejó una remuneración flexible si y adicional pues ella continuaba en los volantes de pago se evidencian unos valores adiciones que eran correspondientes a unos reembolsos, ella siempre supo de uno no constitutivo que se le daba de gratificación, era como un beneficio que le teníamos a ella...”; que la remuneración flexible consistía en que “...nosotros por gratificarle, porque tuviera un poco más de flujo de dinero, pues se le daba un valor adicional mensual que nunca fue constante sino variable, obviamente como le comento señor juez, ella tenía su salario base y era en si eso...”; precisó que “...la gratificación era lo que le decía, de un almuerzo, el taxi porque ella de desplazaba del centro a donde quedaba la oficina que era un poco retirado y era por gratitud que se le reconocía y a razón obviamente de que estaba apoyado el área administrativa, siempre de común acuerdo, y lo otro el adicional, los reembolso en cuanto a los detalles, ella me apoyaba nosotros éramos tres personas en esa oficina, entonces ella me apoyaba en lo de los detalles a los trabajadores, que era la compra de un dulce, un detallito, unas tarjetas, cosas así de papelería...”.

Explicó que lo correspondiente a los detalles de los trabajadores la empresa se le reembolsaba el valor a la demandante “...digamos se hacía la relación de las personas que cumplían en el mes de Ambulancia o de Turismo y lo hablábamos y como no había caja menor le pedíamos el favor a ella y nos poníamos de acuerdo y ella decía no pues yo compró los detalles, ella los compraba llenábamos el recibo de caja y nosotros le hacíamos el reembolso por nómina, o sea se le consignaba a su cuenta...”.

De los medios de prueba referenciados, analizados uno a uno y en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS); se puede establecer que, aunque en el OTROSI al contrato de fecha 10 de marzo de 2020, se convino que los conceptos denominados *auxilio de alimentación* y *auxilio de rodamiento* no constituirían salario; la parte accionada tenía la carga de acreditar que ello era así, como quiera que con éste no se estaba retribuyendo directamente el servicio prestado por la demandante como *Coordinadora del Sistema Integral de Gestión*; carga de la prueba que no cumplió (Art. 167 del CGP y 1757 del CC), dado que no presentó ninguna explicación del

objetivo de ese pago, no se justifica las condiciones de su entrega, cuál fue su finalidad o que objeto cumplía respecto a las funciones asignadas a la trabajadora; por lo que se debe aplicar la regla general y tener, como lo consideró el *a quo*, que lo recibido por *auxilio de alimentación y rodamiento* es retributivo del servicio; como quiera que se otorgó en virtud o con ocasión del contrato de trabajo que existía entre las partes; ya que como lo ha dicho la jurisprudencia “...no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real...” (Sent. CSJ. SL5159-2018).

Ttégase en cuenta que no se probó que para el desarrollo de las actividades, la demandante tuviere que hacer desplazamientos diarios y constantes a lugares diferentes a la sede de trabajo y que para ello tuviera que hacer uso, a manera de ejemplo, de un vehículo de su propiedad, para colegir que con tal reconocimiento se le estaba de alguna manera “compensando” los gastos que ocasionaba esa situación como consecuencia de poner al servicio y para beneficio del empleador dicho bien y por ello se denominaba *auxilio de rodamiento*; como quiera que si bien las partes admitieron que dentro de las labores de la actora debía asistir a fincas de clientes de la accionada a hacer revisión de los vehículos, también refirieron que eso era algo muy eventual, y para ello, se “...trasladaba a los lugares por medio del transporte que daba la empresa, pero eso era muy, muy eventualmente...” como lo indicó la actora, que igualmente cuando requería tomar un taxi para ir la oficina o un almuerzo, la empresa le reconocía esos costos “... era por gratitud que se le reconocía y a razón obviamente de que estaba apoyado el área administrativa...” como lo sostuvo la testigo; coligiéndose que, los mencionados beneficios no tenían una destinación real y específica, menos aún se puede considerar que era otorgado para desempeñar a cabalidad las funciones o como se indica en el OTROSI del contrato “...para el correcto ejercicio de las actividades del trabajador...”, ya que tales situaciones no se advierten en el presente asunto; puesto que no quedo debidamente acreditada la finalidad o propósito de éstos o, la razón de su concesión; lo que de contera lleva a considerar que no se logra desvirtuar su carácter salarial.

Debemos recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido unos criterios para definir si un pago puede ser constitutivo o no de salario en los términos del artículo 127 de la norma sustantiva laboral, como son la habitualidad o proporcionalidad, y también ha sostenido, de modo insistente, que la posibilidad de acudir al artículo 128 de la misma codificación, para restarle incidencia salarial a determinados pagos que se realicen durante la relación laboral, independientemente de que sea habitual u ocasional, no puede ser considerada como una autorización abierta para que en la relación obrero patronal se le reste incidencia salarial a los pagos que, por su esencia, sí lo sean, toda vez que, por ningún lado, la legislación autoriza a las partes que dispongan ese efecto jurídico sustancial, cuando su causa es remunerativa del servicio prestado por la parte demandante (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL12220 de 2017).

Sobre esta temática, en sentencia SL1798-2018 del 16 de mayo de 2018, radicación No. 63988, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“(…)En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de 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; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (art. 128 CST).

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo.

Desde este punto de vista, el Tribunal también desacertó al extender el acuerdo a beneficios no incorporados expresamente en él, como en este caso son las bonificaciones, cuya incidencia salarial se reclama...”(resaltado fuera de texto)

Pero es que también dicha corporación, ha sostenido que para atender un pacto o acuerdo de desalarización, es menester determinar si estaba demostrada su finalidad o destinación, imponiéndole la carga de su acreditación al empleador. Sobre este punto, el máximo organismo de cierre de la justicia ordinaria, en sentencia SL4303 de 2021, radicación No. 82205, de 13 de septiembre de 2021, sostuvo:

“(...) No obstante, advierte la Corte que sí se equivocó la segunda instancia al considerar que la denominación del beneficio «[lograba] evidenciar que [...] no retribuía el servicio», pues para ello era menester determinar, si estaba demostrada su finalidad o destinación, carga que, como se precisó en precedencia, correspondía al empleador, en razón a la acreditación de la «periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado».

En relación con ello, el Tribunal señaló que estaba probado que el otorgamiento de ese subsidio estuvo motivado por «la condición particular de la demandando, en la medida en que ella tuvo que desplazarse desde su país de origen, Estados Unidos», para ejecutar su actividad laboral en Colombia.

Sin embargo, aunque en principio dicha inferencia se advierte razonable, atendida las condiciones contractuales que quedaron plasmadas en la documental de folio 20, ib, pues entre las partes nunca se discutió que la recurrente residía en su país de origen al momento de recibir la oferta laboral y debió trasladarse a Colombia en aras de ejecutar el contrato referido, esa sola circunstancia no define el presente asunto, teniendo en cuenta que el cargo se soporta sobre la trascendencia de la confesión del representante legal suplente de la institución demandada, en punto de la destinación o finalidad de ese beneficio, la cual fue pretermitida por el Juez de la alzada.

En efecto, como lo increpa la censura, al escucharse la declaración de parte de aquél funcionario, se advierte que al cuestionársele sobre si «¿todos los contratos que suscribe la Fundación Rochester con sus trabajadores contienen el subsidio de habitación?», contestó que «[...] después de que yo asumí la asesoría jurídica sí, todos los docentes tienen este beneficio del auxilio de habitación» y, al indagársele con mayor precisión acerca de si «¿los trabajadores o docentes, tiene que contar con algún tipo de característica, calidad o cualidad para ser beneficiarios del auxilio de habitación?», respondió que «No», precisando que este era una propuesta que hacía el empleador y que de común acuerdo se otorgaba, sin que fuera impuesta (audio n.º 2017_8_10_16_16_13, remitido a la Sala mediante correo electrónico).

De donde, como lo afirma la censura, existió confesión del representante legal suplente de la demandada, en torno a que el auxilio económico de habitación no estaba circunscrito a una necesidad de vivienda por parte de los docentes de la institución, pues a todos, independientemente de sus características, origen, calidad o cualidad, esto es, si era nacionales o extranjeros o si requerían o no de

su desplazamiento, se les proponía y otorgaba.

De ahí que la impugnante acreditó el 2° y 5° error de hecho, puesto que, contrario a lo deducido por la segunda instancia, al tenor de la probanza examinada, el auxilio de habitación no fue otorgado a la trabajadora por su condición de extranjera, sino de docente.

Lo anterior permite analizar el testimonio de Rocía Diana Maritza Alba Quintero (audio n.° 2017_8_15_6_7, ib), denunciado de ser erróneamente apreciado, quien, en lo que respecta al objeto de la casación, indicó: que en el colegio se pagaba un salario y un auxilio de habitación; que el último no constituía valor prestacional; que la oferta laboral de la trabajadora Nesteby se hizo en esos términos.

Además, al preguntársele sobre «¿cuáles son las características que debe tener un trabajador para que se le incluya la cláusula de auxilio de habitación?», respondió: «todos los docentes, todos los trabajadores se les paga. Tenemos ese sistema de pago. No es que a una persona se le pague y a otra no. **A todos los docentes se les paga un salario y un valor adicional como auxilio de habitación, es una política institucional** y es una política que utilizan las instituciones educativas».

Agregando más adelante que

[...] no se exige ningún tipo de calidad o cualidad para que se incluya el auxilio, de habitación [...] se paga a docentes. A los docentes se les paga un salario y aparte un auxilio de habitación porque van a estar en la ciudad de Bogotá, van a necesitar una vivienda y se acuerda que el colegio les paga ese valor como auxilio de habitación [...] **no importa que sea nacional.**

Dicho que corrobora que, contrario a lo señalado por el Tribunal, el auxilio de habitación que de manera periódica, habitual, permanente y en valor constante recibió la trabajadora, no tenía como destino final el pago de su residencia en Colombia, puesto que a ella y todos los demás docentes de la institución, independientemente de sus condiciones, orígenes, características y cualidades, esto es, se itera, si residían o no en el lugar de prestación de servicios antes de la suscripción del contrato de trabajo, si eran nacionales o extranjeros, etc., se les entregaba en la suma pactada, como «política institucional» o «sistema de pago», por lo que, en el marco del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no puede entenderse excluido de la regla general de «salario», por retribuir el servicio docente dentro de la institución educativa demandada, contexto en el cual, no podía ser objeto de desalarización, amparado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, el Juez de la apelación incurrió en los errores de hecho 2°, 3° y 5° que se le increpan.

Bajo ese panorama, se reitera, la parte accionada no desplegó ninguna actividad probatoria para demostrar que la finalidad o causa del reconocimiento del auxilio de alimentación y rodamiento a la trabajadora demandante, no era remunerativa; sino a manera de ejemplo para enriquecer su patrimonio, o para su beneficio, o favorecer su bienestar, etc.; y es que no podemos entender como al

parecer lo hace el recurrente que, por el hecho que se denomine o titule *auxilio de alimentación y rodamiento* (o transporte), implícitamente deba considerarse excluido de la base salarial porque dichos conceptos se encuentran relacionados en el artículo 128 del CST como "*Pagos que no constituyen salario*"; pues como también se indicó, la jurisprudencia a doctinado que para ello el empleador debe demostrar la finalidad o destinación de tal reconocimiento, el acuerdo que se haga sea claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas; sin embargo, no es lo que se advierte en el presente asunto, téngase en cuenta que ni siquiera el representante legal supo indicar el objetivo o la finalidad de tal reconocimiento, al punto refirió que era "*...esos valores no constitutivos precisan en ocasión de que cuando la gente cumplían años, cuando habían eventos de amor y amistad, de la Virgen de Carmen nosotros autorizábamos a ella de mutuo acuerdo, verbal porque no creo que de eso haya documento, donde la autorizábamos que ella comprara unos detallitos que eran unos chocolates, unas almendras, unas cositas y se les daba, pero en ningún momento era beneficiando económicamente a ella...*", cuando, lo que gastaba la actora en la compra de detalles para esos eventos le era reembolsado, tal como lo admiten las partes y la testigo; y por eso es que difiere en cada quincena la cuantía que se registra en la nómina por dicho ítem "*...I.N.S. RODAMIENTO/ALIMENTACIÓN...*"; entonces, no por el solo hecho que lleve tal denominación debe entenderse excluido como factor salarial el concepto.

Nótese como, el reconocimiento del valor de \$750.000 aunque se precisó como "*...no liquidables...*", se determinó en el momento en que se modificó el cargo de la trabajadora de COORDINADORA DEL SISTEMA INTEGRAL DE GESTIÓN (SIG), de la aquí accionada para extenderlo al GRUPO EMPRESARIAL ELITE S.A.S., conformada por las tres empresas TURISMO ELITE S.A.S., AMBULANCIAS ELITE S.A.S. e IPS HUMANIZAR S.A.S., y por ende debía cumplir órdenes no solo de la aquí accionada sino de la dirección del GRUPO EMPRESARIAL, como se advierte del documento referenciado *Compromisos entre Turismo Elite SAS y Laura Marcela Perdon Vargas*, suscrito el 14 de abril de 2020 (archivo 03 PDF 08); razón por la que refiere la demandante que en ese momento fue que se le aumentó el salario "*...aumentaron el salario por que me aumentaron las funciones...*"; entendimiento que no

resulta alejado de la realidad y que corrobora que efectivamente los \$750.000, eran contraprestación directa de la labores desempeñadas por la trabajadora.

Por tanto, se tendrá, como líneas atrás se indicó, que dicho pago era retributivo de la prestación del servicio de la demandante y por ende, factor salarial, razón por la cual se confirmará la sentencia en cuanto dispuso la reliquidación de prestaciones sociales, compensación por vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones.

Ahora, respecto al valor a tener en cuenta para esa reliquidación, sostiene el recurrente que **“...aquí quiero hacer una claridad, en el mismo interrogatorio tanto del representante legal como de la señora PERDOMO y en el testimonio de la señora PATRICIA, se equivoca el juzgado porque está mezclando los conceptos, porque?, porque aclararon ellos mismos que uno era el reembolso de los gastos que se daban con ocasión de los eventos de regalos, chocolates y demás que señalaba y otro era el pago de los beneficios no constitutivos de salario; aquí el juez en el fallo efectivamente lo que nos está diciendo es que se le entregaba los beneficios y luego se cuadraba caja y se reembolsaba, no; se aclaró y efectivamente que el Despacho no lo hubiera entendido así no quiere decirle que sea efectivamente la realidad; lo cierto aquí es que uno era el reembolso de gastos como la misma señora PERDOMO estableció, si yo cuadraba con ellos después de ir a comprar los regalos para los eventos y aparte y como se ve en el pacto de exclusión salarial existían los pactos no constitutivos de salario; entonces no puede pretender el Despacho generar que la mala fe de mi representada va enfocado en un auxilio que después reembolsaba, no, reitero y verá, un reembolso de gastos tal y como ella misma, la señora PERDOMO lo afirma en el interrogatorio de parte y que omitió totalmente el Despacho y otro era el pago por concepto de auxilios no constitutivos de salario que en la misma liquidación se establecen...”** (resalta la Sala); infiriéndose de tal manifestación, su desacuerdo con el quantum de las condenas, aunque no lo indique explícitamente; y que resulta fundado, ya que se advierte que la diferencia establecida en la sentencia no es la que legalmente corresponde.

Se dice lo anterior, dado que conforme el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión de instancia, se observa que el juzgador tomó como cuantía de los auxilios, todo lo reflejado en el ítem **“...I.N.S. RODAMIENTO/ALIMENTACIÓN...”** de los comprobantes de nómina, en todos los meses laborados en el año 2020, cuando el monto de dicho reconocimiento se

estableció a partir del *Compromiso entre Turismo Elite SAS y Laura Marcela Perdono Vargas*, suscrito el 14 de abril de 2020, en la suma de “...**setecientos cincuenta mil pesos m/c (\$750.000), no liquidables ... desde el 15 de abril de 2020...**” (archivo 03); y es el valor a tomar; pues el quantum restante que se refleja en dicho ítem, corresponde a lo que se le reembolsaba a la actora por regalos y detalles de los eventos que realizaba la empresa, como lo indicaron las partes en los interrogatorios y la testigo en su versión.

En ese orden de cosas, teniendo en cuenta que el salario desde abril de 2020 no varió, pues estaba conformado por un básico de \$1.150.000, más auxilio de alimentación y rodamiento de \$750.000, y el auxilio de transporte, que arroja un salario promedio de \$2.002.854,00; le correspondía a la accionante, las siguientes sumas por diferencias dejadas de reconocer: cesantías \$645.832.83, intereses sobre las cesantías \$66.731.91, prima de servicios \$645.832.83 y, compensación de vacaciones –se liquida sin auxilio de transporte- \$396.389.55. No obstante, como dichos valores son superiores a los que liquidó el a quo, y siendo la parte demandada apelante único, no es posible hacer más desfavorable su situación (art. 328 del CGP), por lo que se confirmará la condena impuesta en primera instancia, respecto a las diferencias objeto de condena, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, atendiendo el principio de la *non reformatio in pejus*.

Frente al otro reparo del apelante, esto es, la condena por **indemnización moratoria del artículo 65 del CST**; se debe recordar que la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que la misma no es automática e inexorable o axiomática, al punto que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le dan prosperidad.

Dicho en otros términos, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los

derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por razón alguna, pueda presumirse la mala fe en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el presente asunto, considera la Sala que la demandada no acreditó alguna situación específica que justificara su proceder para enmarcar su comportamiento en el ámbito de la buena fe; téngase en cuenta que lo advertido es que efectivamente la accionada desconoció los derechos de la actora al simular un pacto restándole incidencia salarial a una suma representativa de la retribución de la demandante, afectando de contera los intereses de la misma.

Y es por ello, que no puede considerarse, como lo pretende el recurrente, que la entidad liquidó y pagó los salarios y prestaciones sociales con base en el salario real devengado, toda vez que, aquella afectó la remuneración de la accionante al desalarizar una porción significativa de la misma, bajo unos eventuales auxilios que como se analizó líneas atrás, retribuían directamente los servicios prestados por ésta; nótese como en el OTROSI al contrato donde se le resta incidencia salarial al auxilio RODAMIENTO/ALIMENTACION, no se estableció suma alguna específica para tales efectos, sino que la misma se determinó posteriormente cuando se modificaron las funciones de la trabajadora, porque no

fue el cargo el que se modificó como se indica en el documento *Compromisos entre Turismo Elite SAS y Laura Marcela Perdono Vargas*, sino que se dejó la misma denominación y se le ampliaron las funciones al extenderse su cubrimiento frente a las restantes empresas que conforman el GRUPO EMPRESARIAL ELITE S.A.S., o en otras palabras como lo entendió la trabajadora, cuando se le “...ampliaron las funciones...”; ya que es realmente lo que se colige del referido documento.

En efecto, téngase en cuenta que le estaban modificando las funciones de la trabajadora y por ende se le estaba haciendo el reconocimiento salarial, no obstante, restándole tal incidencia a la suma de \$750.000; cuando en realidad verdad la misma era otorgada para retribuir las nuevas funciones que se le estaban imponiendo a la actora con dicha modificación.

Por consiguiente, aunque sea con esta decisión que se determina el carácter salarial de la cuantía señalada, como lo advierte el recurrente; no puede pasarse por alto lo que desvela su reconocimiento, atendiendo como se dijo lo plasmado en el documento con el que se modifica el cargo de la trabajadora y el monto del salario; esto es el querer ocultar la verdadera retribución de la actora; además, se incluía en el mismo ítem de nómina “...I.N.S. RODAMIENTO/ALIMENTACIÓN...” aquellos valores que le eran reembolsados a la trabajadora por la compra de detalles para los eventos y compromisos de la empresa como cumpleaños de los trabajadores, día de la Virgen del Carmen y el de amor y la amistad, etc., generando confusión sobre lo realmente percibido por aquella; situación que se evidencia, y no es que el juzgador de instancia se hubiere equivocado “...porque está mezclando los conceptos, porque?, porque aclararon ellos mismos que uno era el reembolso de los gastos que se daban con ocasión de los eventos de regalos, chocolates y demás que señalaba y otro era el pago de los beneficios no constitutivos de salario...” como lo alega el recurrente; sino que al estar reflejados en el mismo ítem en la nómina, como lo aceptó el representante legal y se advierte de los comprobantes quincenales aportados por la empresa (archivo 17 P“DF 08), era factible llegar a esa conclusión.

En ese orden, al no haber quedado acreditado un motivo o razón serio y atendible para que la accionada no cancelara a la demandante las acreencias derivadas de su contrato de trabajo adeudadas a la culminación del mismo con el salario realmente devengado, se confirmará la sentencia apelada en este punto, que elevó condena por dicha sanción, en los términos del artículo 65 del CST; y con el monto establecido por el juzgador de primera instancia, dado que no es factible hacer más desfavorable la situación del apelante único.

Finalmente, en lo que si surge acertado el reproche del recurrente, es que se hubiese elevado condena por la suma que arrojó la liquidación final de prestaciones sociales, por el hecho que la demandante no hubiere acudido a reclamar el título de depósito judicial que constituyó la empleadora ante la negativa de ésta de recibir lo que aquella le había liquidado; pues si bien como quedo acreditado, lo allí reconocido no era lo que realmente le correspondía, como se colige al elevarse condena por diferencia prestacional al no computarse en la liquidación como factor salarial lo correspondiente al “...AUXILIO DE RODAMIENTO/ALIMENTACIÓN...”, tal situación no era óbice para que aquella hubiera retirado el depósito judicial, ya que podía adelantar la acción respectiva para el reconocimiento de sus derechos como en efecto lo hizo y por eso nos encontramos atendiendo el presente asunto; y es que se debe tener en cuenta que, la actora fue notificada de la consignación de su liquidación y que se había puesto a disposición en el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, con orden de entrega a ésta, como se advierte de la misiva calendada 4 de diciembre de 2020, que fue enviada a través de la empresa de correo, como da cuenta la guía y cotejo de INTER RAPIDISIMO (archivos 6 a 9, PDF 08) y así lo admite la demandante en el interrogatorio de parte.

Por consiguiente, debe entenderse que la empresa cumplió con el correspondiente pago, desde el momento en que se dejó a disposición del estrado judicial y con orden de entrega a la trabajadora, como se advierte de la documental citada, y así lo ha considerado la jurisprudencia legal, en sentencia CSJ SL793 de 2022, radicación No. 73481 de 14 de marzo de 2022, que señaló:

“(...) Y en providencia CSJ SL del 20 oct 2006, rad. 28.090, la Sala dispuso: importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento. De ello se colige, que finalmente lo determinante para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios, es que esté a disposición del trabajador, la suma correspondiente, y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente...”.

Sin embargo, como quiera que también en su decisión el juzgador de origen determinó: “...**Quinto: Autorizar** a la entidad demandada **Turismo Élite S.A.S.**, a que descuente la suma de **\$2.701.364,00** de las condenas impuestas, a raíz del título de depósito judicial constituido a órdenes del Juzgado 1° Laboral del Circuito de este municipio, cuando la demandante lo reclamo o, en su defecto, eventualmente se autorice su pago en aquel escenario o en este juzgado, previo trámite interno de conversión...”; entiende la Sala, que la actora debe acudir, si aún no lo ha hecho, a retirar dicho título y por ello es que se autoriza a la empresa el descuento del monto; decisión que se ajusta a derecho.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, debiendo confirmarse la decisión apelada, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Como no salió avante el recurso, se condenará en costas a la parte demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de julio de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario de Primera Instancia promovido por **LAURA MARCELA PERDOMO**

VARGAS contra la sociedad **TURISMO ELITE S.A.S.**, acorde a lo considerado en precedencia

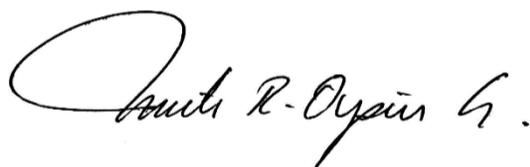
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia, a cargo de la parte demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria