TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE LUZ ILLE ANDREA DÍAZ ORTIZ CONTRA CORPORACIÓN ESCUELA DE ARTES Y LETRAS

Magistrado Ponente: Luis Carlos González Velásquez

Paso a referirme a los motivos por cuales disiento de la ponencia que confirmó la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de la referencia.

El artículo 127 del CST, establece que constituye salario no sólo la remuneración fija ordinaria 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. A su vez, en los términos del artículo 128 ibídem, no constituyen salario: (i) las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, (ii) lo que perciba en dinero o en especie, no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, (iii) las prestaciones contenidas en los Títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo y los auxilios o beneficios habituales u ocasionales que se acuerden contractual o convencionalmente, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie.

Es incontrovertible que las partes celebraron contrato de trabajo a término indefinido de docencia de tiempo completo, en el anexo 1, se pactó " Por

decisión interna y siguiendo los lineamientos del presente contrato (clausula séptima) "Auxilios y /o Beneficios" parágrafo segundo) el Empleador determinó que se le pagará al señor DIAZ ORTIZ LUZ ILLEANDREA adicionalmente al salario pactado a título de mera liberalidad , la suma de $1.631.264 los cuales serán distribuciods así: en auxilios de transporte ($327.0539, auxilio de alimentación ($981,158) y auxilio de teléfono y/o celular ($327.053). Dichos auxilios se otorgan con el fin de retribuir los gastos en que se incurra el trabajador, durante el desarrollo de sus funciones, en relación a movilizaciones , alimentación y comunicaciones.

Por tratarse de una decisión interna, dichos auxilios se podrán modificar en cualquier momento y de los cuales se avisara al empleado respectivamente.

Las partes de común acuerdo convienen que dichos auxilios no serán considerados como salario en dinero o en especie ni factor del mismo, ni base de liquidación." Firma la demandante.

La Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión del 12 de febrero de 1993, Rad. 5481, se ocupó del alcance de los pagos que constituyen salario y qué no " Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el "salario" propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuales son las "prestaciones sociales", las "indemnizaciones" y los "descansos", según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral.

Lo primero que debe asentarse es el hecho indiscutible de que todas estas expresiones "salario", "prestaciones sociales", "indemnizaciones" y "descansos" corresponden a pagos, reconocimientos o beneficios que el trabajador recibe a lo largo de su vida como tal, o inclusive cuando deja de serlo por alcanzar la jubilación o verse temporal o definitivamente imposibilitado para trabajar. No aciertan por consiguiente quienes afirman que sólo algunos de los enunciados beneficios son recibidos por el trabajador por el hecho de su vinculación laboral, pues la verdad es que todos encuentran su causa última en la prestación subordinada de servicios personales a otro. Siempre será entonces la relación laboral preexistente la razón de ser de todos esos beneficios y la que, directa o indirectamente, fundamente o justifique su reclamación o

reconocimiento.

Siendo cierto en consecuencia, como lo es, que los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que le presta, la distinción de la naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino mas bien en su finalidad, la cual sí permite delimitar claramente los diferentes conceptos."

Después, de explicar los conceptos de salario, prestaciones sociales, indemnizaciones y descansos obligatorios, la Corporación siguió en su razonamiento "3.- La clasificación de los beneficios laborales que se ha dejado expuesta, de conformidad con nuestras normas positivas reguladoras de las relaciones entre trabajadores y empleadores del sector privado, permite resolver fácilmente el asunto bajo examen, pues aplicando los anteriores conceptos al caso litigado se impone concluir que no interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo ni tampoco dejó de aplicar el 128 del mismo ordenamiento. Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1.990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. ***Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1.990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones etc.).***

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que

rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que una determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter. El legislador puede entonces también --y es estrictamente lo que ha hecho-- autorizar a las partes celebrantes de un contrato individual de trabajo, o de una convención colectiva de trabajo o de un pacto colectivo, para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter retributivo del trabajo, no tenga incidencia en la liquidación y pago de otras prestaciones o indemnizaciones. Lo que no puede lógicamente hacerse, ni por el legislador ni por quienes celebran un convenio individual o colectivo de trabajo, es disponer que aquello que por esencia es salario, deje de serlo. De la misma forma como el legislador ha dispuesto que beneficios de naturaleza salarial no se consideren como tales para ningún efecto, como según se ha visto ocurrió con la prima de servicios, o no se computen en su totalidad, como es el caso de la remuneración de las vacaciones (Decreto 617 de 1.954, art. 8o.), también ha preceptuado que otras prerrogativas que tienen los trabajadores, que por definición legal y por lógica no constituyen salario, como es el caso del subsidio de transporte, se tengan sin embargo como factor de cómputo para efectos de liquidación de prestaciones sociales (ley 1a. de 1.963, art. 7o.).

Las anteriores observaciones se hacen sin olvidar que, de cualquier manera, la Ley 50 de 1.990 no rige el caso por ser posterior a los hechos materia del litigio, conforme lo asentó el Tribunal en la sentencia.

Por otro lado, debe anotarse que si tanto el artículo 127 del CST como el 128 (inclusive después de las modificaciones introducidas por la Ley 50) se refieren a "las primas" para en el primer precepto decir que hacen parte de los pagos que constituyen salario y en el segundo para negarles tal carácter, es obvio entonces que la determinación en cada caso concreto de cuáles primas son o no salario, solamente puede hacerse previo examen de los hechos que motivan el litigio, por lo que siempre será necesario enfrentar el problema principalmente desde el punto de vista fáctico y remitirse a lo que establezcan las pruebas del proceso pues si se enfocara exclusivamente desde el ángulo jurídico o de puro derecho aparecerían contradictorias las disposiciones legales."

(Negrillas fuera del texto)

Es prudente precisar que la exclusión salarial controvertida tiene doble connotación, una, que se concedieron esos beneficios por mera liberalidad del empleador, dos, que se hizo por mutuo acuerdo, al consentir la trabajadora en la exclusión del auxilio de alimentación, transporte y teléfono o celular como factor salarial. La labor desempeñada por la actora fue de docente investigadora, por lo que se le concedió dicho auxilios para "retribuir los gastos en que incurra el trabajador, durante el desarrollo de sus funciones", sin que el empleador estuviera en la obligación de vigilar la efectividad del gasto de los beneficios aludidos, puesto que se concibieron "con el fin de retribuir los gastos en que se incurra el trabajador, durante el desarrollo de sus funciones", por ello bien pudo suceder que los mismos se hubieran efectivamente ejecutado en esas necesidades o no. De ahí, que cuando la Directora del Sistema de Investigación SIDEAL de la institución demandada en el informe de gestión investigativa de la actora concluye que "No existe evidencia de producción investigativa certificada durante el tiempo con asignación investigativa…En el anexo 1 correspondiente al récord de currículo de la señora Luz illie Andrea Díaz Moreno de la plataforma ScientiCol en el componente CvLac se observa la vinculación de dos (2) productos en el apartado eventos científicos que corresponde a registros relacionados con nuestra institución en el grupo comunicando no son válidos y durante su vinculación en el grupo Transmediaciones no registra nada, con lo cual, habiendo sido docente investigativa resulta ilógico que su productividad sea nula" (fls. 191 y ss) , por lo que el representante legal de la institución educativa al absolver el interrogatorio de parte fue enfático al señalar que la demandante no presento ningún reporte " que la finalidad de los auxilios era para los implementos que necesitaba para la investigación para salir a campo viajar, entrevistar gente y reitera que los docentes contratados nunca hicieron nada por lo que esto fue una estafa" y si la demandante no le daba la destinación de cada rubro, conforme a su naturaleza, ello no desnaturaliza su característica no salarial, lo que apareja que los recibió sin la contraprestación aludida, o sea sin fundamento, por lo

que mal pudo haberlos recibido, y resulta irrazonable que se predique su carácter salarial, a pesar de que la demandada no ejerció un control sobre la función investigativa objeto del contrato.

La demandante al absolver el interrogatorio de parte admitió que desde 2016 fue docente investigadora que recibió los auxilios no acordados como no constitutivo de salario y que tenía 4 horas de investigación y que en esta actividad laboró en proyectos de narrativa trasmedio para la paz, con otros profesionales y estudiantes de otras carreras, por fuera de horas catedra, todos los semestres se reunía con los estudiantes y cuenta que en alguna oportunidad fue a Paipa hacer un estudio. Aquí, en pertinente aclarar que la exclusión salarial de los beneficios mencionados se debió a que desde esa data se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, pues antes el vínculo era de un contrato de prestación de servicios que como bien se sabe tiene consecuencias jurídicas diferentes y que justifica el cambio de modalidad salarial. Ahora, la ponencia cita como soporte de la decisión la declaración de la testigo Claudia Marsella Molina, quien ella misma lo aceptó tiene demanda contra la institución demandada, por las mismas circunstancias que hoy controvierte la señorita Luz Andrea Díaz Ortiz, por lo que se propuso la tacha de ese testigo (art. 211 CGP) no obstante ninguna valoración se hizo al respecto, amén de que no sabe cuál era el salario percibido por la accionante, el número de horas de investigación, aunque admite que sí era investigadora.

Es palmario que la demandante percibía los auxilios de alimentación, transporte y teléfono mensualmente con el salario pactado, ello en nada afecta la exclusión salarial de estos conceptos, aunque se le hubiera dada una destinación diferente o fueran habituales, ya que el artículo 128 del CST no los hace ineficaz, por esas condiciones. De manera que no veo que la cláusula de exclusión salarial de los beneficios mencionados sea ineficaz en las voces del artículo 43 el CST, por el contrario debe surtir plenos efectos. Finalmente

es sensato señalar que la actora en momento alguno reclamó que esos beneficios no tuvieran carácter salarial y exigiera su pago como tal, lo que tiene que amoldarse a la buena fe que informa el artículo 55 del CST, a pesar de la protección de la parte débil por la que debe velar el juez del trabajo. La Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995 en dónde se ocupó de la constitucionalidad del mentado artículo 128, explicitó sobre el tema " La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.", situaciones que no fueron desconocidas por la demandada.

INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍA E INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La indemnización por no consignación del auxilio de cesantía del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la contemplada en el artículo 65 del CST se impuso debido a la reliquidación del auxilio de cesantía y prima de servicios, dada que los auxilio de alimentación, transporte y teléfono fueron tenidos como salario, muy a pesar de que las partes expresamente pactaron que los mismos no tenían dicha connotación. Asintiendo que estos beneficios tienen fuente salarial, como lo apreció la mayoría de la sala, me apartó de la condena por las indemnizaciones mencionadas, por lo siguiente:

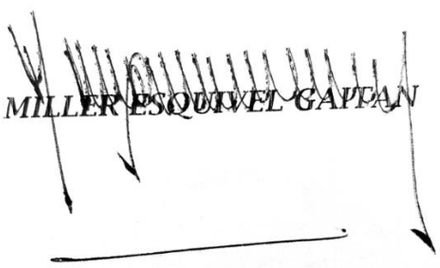
La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, no son de aplicación automática sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el

auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguientes a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o no consignación de la cesantía lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma-art. 99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico.

En lo que corresponde a la liquidación de la ***sanción por la no consignación de las cesantías*** *el artículo 99 de la ley 50 de 1990 señala "1ª: El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo …3ª El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo"*

Al punto, cabe recordar, que la reliquidación de las prestaciones sociales se originó al no tomar como salario los beneficios ya aludidos. Sin embargo, la ponencia hace caso omiso a lo pactado por las partes de su exclusión salarial, lo que constituye buena fe, en los términos ya referidos. Aquí es de reiterar, que las partes expresamente, como se dijo atrás, acordaron que esos beneficios no tenían carácter salarial, razón por la cual no se computaron como integrantes de la remuneración; cuestión que fue debatida en el curso del proceso. Si ese comportamiento patronal no es buena fe, entonces, que es buena fe. Lo que surge de la litis, es que la mala fe proviene de la demandante, que al pactar una exclusión salarial, posteriormente se ampare en lo claramente acordado, para sacar provecho de ello, induciendo al empleador en algo que previamente era pristino y con las graves consecuencias de la imposición de las indemnizaciones examinadas.

Por último no veo la correspondencia de la cita de la sentencia SL 8216 de 2016, con la rivalizado en el proceso, puesto que no se trata de una suma cualquiera cancelada por concepto de prestaciones sociales, sino que ese pago se hizo teniendo en cuenta plenamente el salario pactado entre los contendientes, salvo la exclusión salarial de marras, tanto que por ese salario no hubo condena y en forma diáfana tanto el a quo como la sala expuso que éstos si eran salario. Dónde está la seguridad jurídica del empleador al pactar con su trabajador, explícitamente, que unos beneficios no son salario, será que esa posibilidad que dio el legislador de 1990 de esa exclusión salarial es para perjudicarlo, lo que llevaría a no mejorar las condiciones remunerativas de los trabajadores, cuando la finalidad ese precepto es permitir que las partes convengan mejores ingresos para el trabajador, sin que ello implique mayores cargas prestacionales para el empleador.

Dejo así a salvo el voto.