



REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Proceso:	Ordinario laboral
Radicación:	19-001-31-05-003-2019-00166-01
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandantes:	JORGE LUIS TORRES CALLEJAS
Demandada:	FUNDACION ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL
Segunda instancia:	Apelación sentencia
Asunto:	Modifica sentencia – auxilio de transporte factor salarial.
Fecha:	Ocho (08) de abril de dos mil veinticuatro (2024)
Sentencia escrita No.	018

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral a proferir sentencia escrita, que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

En el escrito introductorio se pretende: **i)** declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 29 de junio de 2002 hasta el 22 de diciembre de 2018; **ii)** declarar la ineficacia del pacto de desalarización estipulado en la cláusula 1 adicional al contrato de trabajo celebrado entre las partes, por contrariar los artículos 127 y 128 del C.S.T. según el artículo 43 de la misma obra; **iii)** declarar que el vínculo laboral terminó por decisión unilateral y sin justa causa imputable al empleador; en consecuencia, **iv)** se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de los derechos laborales reclamados en el acápite de pretensiones de la demanda¹.

¹ indemnización del artículo 64 CST al configurarse un despido sin justa causa, diferencia salarial por las funciones desarrolladas como coordinador nacional de proyectos y de representante legal por 69 meses y 9 días, liquidación de prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en salud-pensiones (conforme a dicha diferencia salarial, con inclusión del auxilio de

2. Supuestos fácticos.²

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos:

Informa que laboró 16 años 5 meses y 23 días mediante contrato de trabajo a término fijo para la demandada, desempeñando varios cargos, entre ellos el de Coordinador Nacional de Proyectos desde el 15 de noviembre de 2008 hasta la fecha de terminación del vínculo laboral, concomitante con las funciones del cargo de Coordinador Regional de Cauca, Buenaventura y Nariño; y de representante legal.

Sostuvo que pese a que la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo - AECID estipuló como salario para el cargo de Coordinador Técnico General (Coordinador Nacional de Proyectos) la suma de 2.940 euros y para el cargo de Representante Legal Expatriado (Representante legal) 3.976 euros; al actor solo se le pagó como último salario la suma de \$4.507.692,00 sin reconocerle el salario por el cargo de representante legal.

Afirmó que en el otro sí del 18 de enero de 2018, se pactó una cláusula adicional al contrato, estipulando el pago de gastos de transporte por valor de \$1.462.439,00 que no constituye salario, el cual se le cancelaba todos los meses de manera habitual y periódica. Y otros auxilios “dietas y gastos de movilidad” para cuando debía trasladarse a lugares diferentes de la ciudad de Popayán, que debieron tenerse también como factor salarial y tampoco 5 días adicionales de vacaciones por cada año laborado a los que tenía derecho.

Señaló que en 2017 iniciaron los movimientos en la estructura de personal, eliminando varios cargos como el de Coordinador del área de infraestructura y Coordinador de la Regional Cauca, cuyas funciones en su mayoría fueron asumidas por el actor, quien debió laborar horas extras, dominicales y festivos.

Indicó que la excesiva carga laboral y el proceso disciplinario abierto en su contra le generaron afectación en su salud que derivaron en 2 periodos de incapacidad por 30 días cada uno, a partir del 24 de octubre de 2018; y aunque acepta que fue despedido por “cumplimiento del término pactado”, alega que el despedido se produjo cuando se encontraba en incapacidad médica, siendo padre cabeza de familia y prepensionable al contar con más de 1.150 semanas cotizadas.

transporte, dietas, gastos de movilidad y 5 días adicionales de vacaciones los cuales modifican el IBC), perjuicios morales por vulneración al buen nombre y violación al debido proceso en el trámite disciplinario adelantado contra el actor, indemnización moratoria por no consignación de cesantías e intereses a las cesantías a un fondo (ley 50 de 1990); así como las costas y agencias en derecho.

² PDF 03. Demanda-expediente digital.

3. Contestación de demanda.³

La traída a juicio se opuso a todas las pretensiones, aceptando como cierto el hecho 4 respecto al otorgamiento de poder general a varias personas a través de escritura pública, pero cuyas facultades nunca fueron ejercidas por el actor; y el hecho 7 relativo al auxilio de transporte, “dietas” y gastos de movilidad que por mutuo acuerdo resolvieron no hacían parte integrante del salario, el hecho 15 afirmando que el 24 de octubre de 2018 el actor presentó incapacidad, un día después de ser notificado de no prorrogar su contrato laboral y el hecho 17 relacionado con la terminación del contrato de trabajo por vencimiento del término fijo pactado. Negó los demás hechos y propuso excepciones: previas y de fondo⁴.

En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducir *in extenso* las piezas procesales en comento (artículos 279 y 280 C.G.P.).

4. Decisión de primera instancia.

A través de la sentencia que se revisa el A quo, entre otros dispuso:

“Primero.- DECLARAR que entre el demandante JORGE LUIS TORRES CALLEJAS y la demandada FUNDACIÓN ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL, existieron sendos contratos de trabajo a término fijo suscritos desde el 29 de junio de 2002, el último de los cuales se suscribió el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, prorrogado mediante otros sí hasta el 30 de noviembre de 2018, el cual fue terminado por vencimiento del plazo fijo pactado, según lo expuesto en la parte motiva. Segundo. - DECLARAR como probadas las excepciones de: INEXISTENCIA DE LOS DERECHOS SALARIALES, PRESTACIONALES Y PENSIONALES RECLAMADOS, COBRO DE LO NO DEBIDO y la de INEXISTENCIA DE CONDUCTA DISCRIMINATORIA POR RAZONES DE DISCAPACIDAD, propuestas por la fundación demandada y en consecuencia absolverla de las pretensiones formuladas en la demanda. Tercero: CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, fijando como agencias en derecho a su cargo la suma equivalente a medio S.M.L.M.V...”

Para adoptar tal determinación, argumentó que la valoración conjunta de la prueba documental y las declaraciones, demuestra que entre las partes se suscribieron sucesivos contratos de trabajo a término fijo que se fueron prorrogando en el tiempo, siendo el último el celebrado por el periodo 1º de diciembre de 2014 al 30 noviembre de 2015, prorrogado por otros sí hasta el 30 de noviembre de 2018. No obstante, el

³ Archivo PDF 18ContestaciónDemanda-expediente digital.VOY

⁴ Previa: Inepta demanda por falta de requisitos formales (carencia de poder). De Fondo: Prescripción de la acción, carencia de poder, buena fe, mala fe, inexistencia de los derechos salariales, prestacionales y pensionales reclamados, cobro de lo no debido, inexistencia de conducta discriminatoria por razones de discapacidad, genérica.

contrato laboral a término fijo puede renovarse indefinidamente, sin que por ello pierda su esencia de la temporalidad, tal como lo ha señalado la jurisprudencia laboral.

Respecto a la terminación del contrato, refirió que se cumplió con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 46 del C.S.T. y para la fecha de finalización del vínculo laboral, el actor no probó que se encontraba bajo alguna de las situaciones del artículo 26 de la Ley 1361 de 1997 y su desvinculación se debió a una causal objetiva prevista en el artículo 61 del C.S.T. (expiración del plazo fijo pactado). Que el actor tampoco ostenta la calidad de prepensionado porque al encontrarse afiliado al régimen de ahorro individual no se demuestra cual era el capital necesario al momento de terminación del contrato para obtener la pensión de vejez dentro de dicho régimen y la condición de padre cabeza de familia no fue demostrada en el proceso. Que no hay lugar a la indemnización del artículo 64 del C.S.T.

Respecto a la diferencia salarial reclamada indicó que se allegaron resoluciones y poderes para que el actor actuara como representante legal, pero dichos documentos por si solos no demuestran el desempeño de los referidos cargos y el demandante no probó que desarrolló funciones de representante legal en la forma exigida en el artículo 143 del C.S.T. y tener derecho al reajuste salarial pretendido.

En relación con el pacto de desalarización se remitió a la cláusula del contrato del 1º de diciembre de 2014 que señala que los gastos de transporte por cambio de lugar de residencia no tienen naturaleza salarial y su vigencia está sujeta al contrato. Por lo que en los términos del artículo 128 del C.S.T. no se paga al trabajador para enriquecer su patrimonio, sino como un medio para desempeñar sus funciones y por tanto era viable excluir el mismo del salario base para liquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Respecto a los pagos por concepto de “dietas y gastos de movilidad”, adujo que no se encuentra prueba de la periodicidad para considerarlos como viáticos permanentes que constituyen salario en los términos del artículo 130 del C.S.T. que den lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Como tampoco los 5 días de vacaciones, pues se trata de un pago extralegal que por mera liberalidad del empleador se recibe por el trabajador.

En relación con los perjuicios morales solicitados, precisó que el proceso disciplinario no llegó a término con una sanción al terminarse primero el vínculo laboral con la organización, proceso no trascendió por fuera del entorno de la

empleadora y que, por tal razón, haya sido afectado el buen nombre del actor y, además, los perjuicios no están plenamente demostrados.

5. Recurso de apelación parte demandante.

La inconformidad con el fallo de primera instancia, radica en lo que considera una indebida valoración probatoria, al no dar por probado:

Que el actor desempeñó diferentes cargos como el de representante legal, coordinador nacional y coordinador regional de la demandada; cargos que aparecen en el organigrama de la entidad, los cuales se encuentran clasificados de manera independiente, con funciones y salarios independientes que por el cargo de representante legal no le fueron pagados.

Que el auxilio de transporte de la cláusula adicional al contrato se cancelaba todos los meses, situación acreditada con la prueba documental, testimonial e interrogatorio de parte que evidencian la periodicidad mensual de dicho auxilio, lo que lo convirtió en habitual, periódico y permanente; y a través de las planillas de “dietas” se demostró que las mismas abarcaban tanto la alimentación como el transporte; por lo tanto, el auxilio pactado en el contrato si constituye salario. Quedando demostrada la mala fe del empleador, pues la demandada tenía vehículos para transportar a sus trabajadores y además existían unas “dietas” en las que se les reconocía los gastos de transporte y viaticos de sus trabajadores, entonces el auxilio de transporte de la cláusula adicional era una denominación que le dio el empleador para desdibujar su carácter salarial y evitar el pago de derechos prestacionales e IBC, pese a que incrementaba el patrimonio del demandante.

También solicita se le reconozcan los 5 días de vacaciones adicionales que se le pagaban, como factor salarial. Que lo anterior influye en la reliquidación de prestaciones sociales e ingreso base de cotización para aportes a la Seguridad Social en pensiones y debe condenarse a la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990.

Que el actor se vio afectado moral y emocionalmente ante los malos tratos de su empleador al haber imputado conductas deshonrosas que nunca fueron probadas dentro del proceso disciplinario.

6. Trámite de segunda instancia.

6.1. Alegatos de conclusión.

6.1.1. Demandante.

Manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia, por lo que considera una indebida valoración probatoria, al no darle valor al organigrama de la entidad que demuestra que las funciones en cada uno de los cargos desempeñados por el actor, son totalmente diferentes y por ello, debió ser remunerado por todas y cada una de las funciones desempeñadas; que no se valoraron los testimonios que demuestran la connotación salarial del auxilio de transporte, las “dietas” y gastos de movilidad por ser habituales, periódicos y permanentes en los términos del artículo 127 del C.S.T. en consonancia con el numeral 1º del artículo 130 ibidem. En tal sentido, se debe condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria establecida en la ley 50 de 1990⁵

6.1.2. Demandada.

Solicitó confirmar la decisión de primera instancia al considerar que la prueba aportada fue debidamente valorada por el Juez y apreciada conforme al sistema de la sana crítica o persuasión racional; quedando demostrada la mala fe con que actuó el actor, quien durante todo el tiempo que laboró con la demandada nunca le manifestó desacuerdo alguno y como directivo de la ONG fue quien determinó el valor de los salarios para él y los colaboradores del país de acuerdo con el presupuesto asignado, así como la forma de contratación.⁶

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T.S y de la S.S., regula el principio de consonancia que consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar puntos que no fueron materia de apelación.

2. Planteamiento de los problemas jurídicos.

De acuerdo con el objeto de la apelación, corresponde a la Sala establecer si

2.1. ¿Hay lugar a revocar la sentencia y ordenar la nivelación salarial que se reclama, al demostrarse que el demandante desempeñó de manera concomitante funciones de coordinador nacional de proyectos y representante legal por 60 meses y 9 días que no le fueron reconocidos por la demandada?

⁵ Archivo PDF 06(4)AlegatosDemandante-expediente digital.

⁶ Archivo PDF 08(7)AlegatosDemandada-expediente digital.

- 2.2. ¿Se encuentra acreditado en autos que el valor pactado en los contratos de trabajo como un “*auxilio por gastos de transporte*” y las denominadas “dietas” constituyen factor salarial e inciden en el pago de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en pensiones?
- 2.3. ¿Resulta procedente revocar la sentencia al probarse que el descanso remunerado de 5 días adicionales de vacaciones constituye factor de salario e incidencia prestacional y en el pago de aportes a la seguridad social en pensiones?
- 2.4. ¿Procede el reconocimiento de perjuicios morales al actor por la afectación emocional sufrida ante los malos tratos de su empleador al imputarle conductas deshonorosas que nunca fueron probadas dentro del proceso disciplinario?
- 2.5. ¿Hay lugar a la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990?

3. Respuesta a los interrogantes planteados.

3.1. La respuesta al **primer** interrogante será **negativa**. La tesis de la Sala se orienta a confirmar la decisión de primer grado. Lo anterior, como quiera que no se encuentra acreditada la condición de “disfuncionalidad” (al desempeñar funciones propias de un cargo diferente para el cual fue asignado) que alega el demandante.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.1.1. Primacía de la realidad sobre las formalidades.

El artículo 53 Constitucional consagra entre otros principios, el de igualdad laboral, que prohíbe discriminar a las personas por razones subjetivas de edad, género, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. Y en desarrollo de este principio constitucional, nuestro ordenamiento jurídico laboral, establece en el artículo 10 del C.S.T., la igualdad de trabajadores.

Cuando se pretende la nivelación salarial a partir del desconocimiento del principio de «trabajo igual salario igual», porque el empleador le da un trato discriminatorio de carácter salarial a uno o varios de sus trabajadores, entonces le corresponde al trabajador demostrar la diferencia de salario e igualdad en el cargo y al empleador, las razones objetivas del trato diferente. Sin embargo, cuando el reclamo se soporta en el desconocimiento del artículo 53 superior, con el que se busca hacer prevalecer la realidad generada por disfuncionalidad sobre la formalidad del cargo de que es titular el demandante, la que surge «*porque el*

accionante se encuentra realizando funciones correspondientes a un cargo que, en criterio de la parte actora, debe asimilarse a uno de mayor jerarquía, y recibir la remuneración acorde al mismo», entonces la carga de la prueba opera de manera distinta, de suerte que para otorgar la nivelación salarial por factor funcional, basta con que el promotor del juicio acredite que: i) fue nombrado en un cargo en la entidad; ii) cumple funciones inherentes a un empleo distinto a aquel para el que fue nombrado; iii) satisface las demás exigencias requeridas para ocupar aquel con el que pide nivelación y, iv) no recibe la retribución fijada para la ocupación de la que desempeña funciones.⁷

3.1.2. Caso en concreto.

En el recurso de alzada no es objeto de controversia que i) las partes suscribieron dos contratos de trabajo a término fijo desde el 29 de junio de 2002, el último de ellos celebrado el 1º de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, prorrogado mediante otros sí hasta el 30 de noviembre de 2018, ii) que fue terminado por vencimiento del plazo fijo pactado.

Se observa entonces, que en este primer problema, la parte actora no reclama la nivelación salarial fundamentada en el principio del numeral 1º del artículo 143 del C.S.T. (discriminación salarial entre personas que cumplen una misma función), sino apoyada en el desconocimiento del artículo 53 constitucional, con el fin que prevalezca la realidad sobre la formalidad del cargo de que era titular el demandante, pues sostiene que, aunque fue contratado como coordinador nacional también ejerció el cargo de representante legal y del cual no recibió la remuneración por parte de la demandada.

En ese sentido, le correspondía al demandante demostrar que fue nombrado como representante legal cumpliendo las funciones inherentes a dicho cargo; y que la remuneración devengada no correspondía a la establecida para el mismo.

Respecto al ejercicio como representante legal alegado, debe indicarse primeramente que, según los cargos que afirma haber desempeñado el actor en el organigrama de la organización⁸, el de mayor jerarquía es el de Representante Legal y en forma descendente le sigue el de Coordinador Nacional de Proyectos y finalmente el de Coordinador Regional Cauca.

⁷ CSJ SCL Sentencia radicación No.26437. Mag.Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA. Bogotá D.C. 02 de noviembre de 2006.

C.S.J. S.C.L. Radicación No. 38662. Mag.Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO. Bogotá D.C. 10 de mayo de 2011.

⁸ Pág.83 PDF 02.Anexos-expediente digital.

Se observa entonces que durante el periodo en que el demandante alega la condición de “disfuncionalidad” (al desempeñar funciones propias de un cargo diferente para el cual fue asignado⁹), esto es, del 25 de junio de 2009 al 15 de noviembre de 2018¹⁰ el actor fue contratado como Coordinador Regional de Proyectos con una asignación mensual de \$2.475.100,00. Desde el 15 de noviembre de 2008 como Coordinador General con un salario de \$3.105.000,00¹¹, luego con una asignación mensual de \$3.291.300,00¹² y hasta el 30 de junio de 2010. Como Coordinador Nacional de Proyectos desde el 1º de julio de 2010 con una asignación mensual de \$3.488.778,00¹³, desde el 17 enero al 30 diciembre de 2012 \$3.846.029,00¹⁴, durante el periodo 16 de enero de 2013 al 15 de enero de 2014 y del 16 de enero de 2014 al 30 de noviembre de 2015¹⁵ con un salario de \$3.999.870¹⁶.

En el certificado de existencia y representación legal expedido el 30 de octubre de 2019 por la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁷ se encuentra inscrita la Fundación Alianza por los derechos la igualdad y la solidaridad internacional el 6 de junio de 2012 en la que la Secretaria de la Comisión Delegada del Patronato de la referida fundación otorga poder al nuevo representante y apoderado de la entidad en la República de Colombia, identificado con cédula de extranjería, para ejercer las funciones de:

“Representante y apoderado de la FUNDACION ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL en la República de Colombia quién a título enunciativo, y no limitativo, podrá ejercitar única y exclusivamente en la República de Colombia, las siguientes facultades en nombre y representación de la Fundación: 1.- La administración social y la representación legal, judicial I, administrativa para el desempeño de las funciones pudiendo otorgar poderes y celebrar todo tipo de contratos con organismos públicos y privados en el ámbito de la ejecución de los proyectos de cooperación de los que es responsable en la República de Colombia. 2.- Iniciar, impulsar, tramitar y concluir cualquier procedimiento del objeto social. 3.- Firmar convenios de colaboración y contratos en nombre de la Fundación en el desempeño de la actividad de la misma en la República de Colombia. 4.- Contratar servicios técnicos y profesionales, así como arrendamientos en nombre de la fundación en el desempeño de la actividad de la misma en la República de Colombia. 5.- Representar a la Fundación en juicio o fuera de él quedando investida con las facultades generales y especiales que la ley exija en la República de Colombia, pudiendo entablar y contestar demandas, prestar confesión, someter el pleito a arbitraje y transigir el pleito, 7.- Otorgar

⁹ CSJ. SCSL radicado 38662 del 10 de mayo de 2011. Mag. Ponente. Camilo Tarquino Gallego.

¹⁰ Págs. 75-81. PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹¹ Págs. 85-88 PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹² Págs. 91-99. AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹³ Págs. 4-13 y 57-82 PDF 02.Anexos-expediente digital.

Págs. 95-102 PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹⁴ Págs. 105-110 PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹⁵ Págs. 66-82 PDF 02.Anexos-expediente digital.

¹⁶ Págs. 57-64 PDF 02.Anexos-expediente digital.

Págs. 445-465 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

¹⁷ Págs. 1-5 PDF 19.AnexosContestación-expediente digital.

poderes a abogados y procuradores en nombre de la Fundación en el desempeño de la actividad de la misma en la República de Colombia. 7.- Abrir, disponer, transferir y cerrar cuantas bancarias o de ahorro, depositar o retirar dinero de los depósitos que la Fundación tenga en bancos, con la limitación que ningún descubierto será autorizado sin el acuerdo escrito de la Fundación en Madrid. 8.- Efectuar cobros y pagos en nombre de la Fundación en el desempeño de la actividad de la misma en la República de Colombia. 9.- Disponer bienes, enajenar, transferir, donar adquirir en nombre de la Fundación en desempeño de la actividad de la misma en la República de Colombia, siempre que no se precise autorización del Protectorado de Fundaciones de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 50/2002 de 25 de diciembre de Fundaciones. 10.- Delegar o sustituir en todo o en parte las facultades concedidas en el presente poder, salvo la presente facultad y con la limitación consignada en el punto 7 anterior, a favor de una o varias personas, revocar la delegación o sustitución efectuada y reasumir las facultades delegadas o sustituidas. 11.- Suscribir, modificar, revocar o dar de baja acuerdos marco de cooperación con el gobierno de la República de Colombia, y, especialmente se le faculta para realizar cuantos trámites sean necesarios para legalizar el nombramiento y apoderamiento en el país. 12.- Hacer las declaraciones tributarias de ley, ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN o ante la autoridad municipal, departamental o nacional competente. Esta facultad incluye la posibilidad de modificar el RUT, suscribir los formularios correspondientes, bien sea en físico o activando con su firma los mecanismos virtuales o digitales necesarios. Se hace constar que el apoderado designado tiene plenas facultades para ejercer las funciones contempladas en el Artículo 58 del Código General del Proceso, para el Apoderado Judicial de las Organizaciones No Gubernamentales con Domicilio en el Exterior y, en general, para asumir la personería de la Fundación Alianza por los Derechos, la Igualdad y la Solidaridad Internacional en Colombia, sin limitaciones diferentes a las establecidas en los estatutos sociales, el poder otorgado y en la ley colombiana.”

Según poder conferido por la demandada mediante escritura pública #1216 del 28 de septiembre de 2016¹⁸ ante el Notario de Madrid, le fueron otorgadas las facultades que allí aparecen transcritas.

Y a través de la Resolución 004 de septiembre de 2016¹⁹ la representante legal de la demandada le otorgó poder amplio y suficiente al demandante para actuar en nombre y representación legal de la Fundación con sede en Colombia en todos los trámites legales, administrativos y financieros que se requieran como transacciones bancarias: apertura de cuentas, cancelación de cuentas, reporte de novedades, modificaciones del portal virtual, modificaciones de manejo actuales y demás documentos bancarios que se requieran tramitar desde el 10 de septiembre de 2016 hasta el 30 de agosto de 2017. Y según la Resolución 006-2014 del 14 de julio de 2014²⁰ la representante legal de la demandada le otorgó poder amplio y suficiente al demandante para actuar en nombre y representación legal de la Fundación con sede en Colombia en todos los trámites legales, administrativos y financieros que se requieran, para el periodo 14 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2015; facultad que fue reproducida en las Resoluciones No. 01-2018 del 17 de enero de 2018 para el periodo 17 enero de 2018 al 31 diciembre de 2018; No.002-2015 del 9 septiembre

¹⁸ Págs.95-101 PDF 02.Anexos-expediente digital.

¹⁹ Pág. 102 PDF 02.Anexos-expediente digital.

²⁰ Págs. 104 PDF 02.Anexos-expediente digital.

de 2015 con vigencia del 9 de septiembre de 2015 al 9 septiembre de 2016; No.008-2012 del 3 de julio de 2012 para el periodo 3 al 27 de julio de 2012.²¹

Según los comprobantes de egreso²² para los meses de diciembre de 2009, febrero, marzo de 2010 se le pagó un salario mensual de \$3.291.300,00²³. Para diciembre de 2012 \$3.846.029,00²⁴ y para enero, octubre, noviembre, diciembre de 2013 y diciembre de 2014 \$3.999.870,00. Para enero, febrero, marzo y abril de 2015 \$4.147.865. También le fueron liquidados contratos para el cargo Coordinador Nacional de Proyectos²⁵ en el mes de noviembre de 2014 y el 22 de diciembre de 2018.

En lo concerniente a los cargos desempeñados, el **demandante** en el interrogatorio de parte informó que su último cargo contractual fue el de coordinador nacional de proyectos de la demandada, pero a la vez ejercía funciones como coordinador del Cauca y era de seguridad del equipo de la Fundación en Colombia.

Explicó que estaba en los procesos de contratación y daba su concepto; y como coordinador de proyectos era responsable de la correcta ejecución de los proyectos en terreno.

La testigo MERCY JAZMÍN VISO CONEJO quien afirmó conocer al actor porque en agosto de 2008 fue quien lo entrevistó para el cargo de coordinador de la regional Cauca, indico que posteriormente él pasó a ser el coordinador nacional, siempre fue como el jefe superior durante los 10 años en que la deponente estuvo en la organización. En relación con las funciones desempeñadas por el demandante afirmó que como coordinador regional del Cauca era quien representaba a la organización en espacios públicos privados y de la seguridad del equipo, responsable de los procedimientos de compra, contratación de personal y firmas. Como coordinador nacional de proyectos fue el encargado de la coordinación técnica de los proyectos, y su función era la planificación general de las actividades de los proyectos relacionados con las áreas técnicas la cual iba bajando a las coordinaciones técnicas y por último a los técnicos de terreno. Que en algunas ocasiones el actor también fue el representante legal, pues le llegaban notificaciones por medio de los correos institucionales, cuando los representantes legales salían, ya que generalmente ellos eran los expatriados, y cuando estos se

²¹ Págs. 106 – 110 PDF 02. Anexos-expediente digital.

²² Págs. 126 PDF 02. Anexos-expediente digital.

²³ Págs. 125-152 PDF.02. Anexos-expediente digital.

²⁴ Pág. 129 PDF 02. Anexos-expediente digital.

²⁵ Pág. 166 PDF 02. Anexos-expediente digital.

iban de vacaciones o por alguna calamidad, el demandante quedaba a cargo de la organización.

Sostuvo que el actor tenía funciones de dirección y confianza en la regional Popayán porque siempre lo conoció como el jefe, aunque en algún momento existió la coordinación técnica de medios de vida y entonces tenía otra jefa directa, pero ella para tomar decisiones siempre acudía al demandante, quien siempre fue el referente de dirección de toma de decisiones. Que, a los expatriados, los veía 1, 2 o 3 veces al año, y por ello, cualquier dificultad técnica o laboral, siempre iba a él, porque aun como coordinador nacional siguió en el Cauca y era el jefe de las coordinaciones técnicas y algunas veces pasaba a ser el representante legal.

Por su parte OSCAR JAIME PARDO URBANO, quien afirmó conocer al demandante desde el año 2004 data en que el testigo ingresó a la Fundación, indicó que para esa época el demandante era coordinador de infraestructura, posteriormente pasó a ser coordinador regional, coordinador nacional y ejerció muchas funciones como representante legal. Que como coordinador regional ejercía cargos en la ejecución de proyectos y todo el operativo respecto al departamento de Cauca, como coordinador nacional ejecución de proyectos y muchas veces representó a la organización, en el área de logística le correspondía la compra de vehículos, el tema operativo de seguridad de oficinas y en el tema de comunicaciones consecución de celulares, los planes de celulares, para poder cambiar planes de celulares a todo el personal.

Afirmó que el actor recibía contraprestación por la coordinación nacional, pero no por las funciones adicionales como representante legal, cargo este que se encuentra en el organigrama de la organización y que además del actor cree que la señora Eliana Romero quien es de España, también ejerció funciones de representante legal y cree que se le cancelaba por las mismas.

Sostuvo que conoce el organigrama de la organización y no tiene presente si el actor está registrado en Cámara y Comercio como representante legal, pero sí hay muchos poderes y muchas funciones en las que actuó como tal, porque el testigo estuvo de la mano con el demandante en muchas actividades como compra de vehículos y en la parte administrativa y que muchos trabajadores actuaron en funciones extras que no les competían. Indicó igualmente que la organización en Colombia dependía de Madrid, pero que el actor era quien prácticamente dirigía toda la organización, porque al representante legal, lo vio muy pocas.

La **representante legal de la demandada** en el interrogatorio de parte, afirmó conocer al actor desde 2002 cuando él ingresó a laborar como técnico de agua y saneamiento, siendo su último puesto el de coordinador nacional de proyectos en el que tenía funciones generales que están descritas en su contrato siendo responsable de la gestión de los proyectos en marcha, actuar como representante en ausencia del titular cuando tuviese poder para ello, monitorear y vigilar el cumplimiento de los resultados, indicadores y actividades propuestas en los marcos lógicos de los proyectos, asumir la coordinación de las áreas técnicas y coordinar las reuniones periódicas de los coordinadores técnicos, coordinar las actividades entre las oficinas regionales y la central. También tenía funciones de gestión: monitorear la gestión de las oficinas y los equipos regionales, proveer el liderazgo y apoyo al personal responsable de archivo de todos los proyectos, participar en la preparación de propuestas y presupuestos, todo el tema de ejecución e implementación de los proyectos en marcha. También tenía unas funciones en el apartado C de administración de darle seguimiento a la ejecución presupuestaria de cada uno de los proyectos responsable en conjunto con el administrador general de la definición, diseño y monitoreo y seguimiento de la cofinanciación. Recibir los informes económicos junto con el administrador enlace con la serie para el cierre de proyectos. También actividades de gestión de Recursos Humanos: participar en la reducción de los términos de referencia y en el propio reclutamiento de personal de las coordinaciones regionales, asegurar el cumplimiento de procedimientos de reclutamiento y contratación, participar en las evaluaciones de personal, mantener una buena comunicación entre los equipos, entre otras.

Afirmó que en el caso del demandante los auxilios eran para gastos de representación porque también él era un directivo y los representaba como lo hacen todas las personas de la organización, todos son representantes en ese sentido de la organización ante instituciones públicas, comunidades, etc.

Explicó que el demandante era parte del equipo directivo y con él y los empleados se pactó el pago de los auxilios que no constituyen salario y que se le asignó un móvil porque él era un directivo y tenía unas funciones; como todos de representación, pero claro, él hablaba con las personas de las municipalidades, con las comunidades y entonces era muy importante que estuviera comunicado.

A la pregunta de quién era la persona encargada de celebrar contratos de telefonía móvil y compra de carros, explicó que la organización tiene una coordinación país que es el representante por poder a nivel nacional que es una persona delegada porque son una organización internacional de ayuda humanitaria y tienen un

coordinador país, este coordinador país está facultado para representar y puede dar poderes y por ejemplo al actor se le daba poder para contratar, hasta después de un monto, por ejemplo, el tema de telefonía lo hacía en la parte administrativa, o sea, no era algo que solamente estuviera en una persona, no, generalmente se hacía un comité y se decía, pues esto, pero podía firmar el representante legal, las personas apoderadas que en este caso podía ser el demandante o los coordinadores regionales.

Explicó que la seguridad de los trabajadores de la Fundación era una labor de todos los coordinadores, porque la seguridad es algo que deben tomar muy en serio, porque ellos iban a zonas donde había presencia de grupos armados y por supuesto, el demandante también colaboraba en el tema de seguridad, también la coordinadora país y todos los coordinadores regionales.

Expuso que en la Fundación primero estaba la coordinación país, luego el demandante en el segundo nivel como jefe de proyectos nacional y la Coordinadora Nacional administrativa y financiera y posteriormente las coordinaciones regionales, las personas de compra y contabilidad.

ANGEL DARIO MEZA ORTIZ, quien labora para la demandada desde hace 12 años y actualmente es el Coordinador Regional Nariño, afirma conocer al demandante porque laboraron juntos para la demandada, sin saber exactamente la fecha de ingreso del actor, pero sabe que se desempeñó como Coordinador Nacional de Proyectos hasta 2018 en que finalizó su contrato laboral; que como tal desempeñó funciones de apoyo a la formulación de proyectos, seguimiento y acompañamiento a los proyectos que se estaban ejecutando en Cauca, Valle y Nariño; donde debía desplazarse el demandante.

Sostuvo que la demandada solo tiene representantes legales expatriados que deben tener nacionalidad española y el demandante tenía un poder para firmar contratos como representante legal. Que el cargo que ocupaba el actor, luego de la finalización de su contrato, desapareció de la organización.

Explicó que la función más importante del representante legal de la organización es el inter relacionamiento con los donantes para acceder a recursos, la formulación de proyectos, el relacionamiento con Madrid directamente, la representación a nivel nacional en los diferentes espacios que hay, la firma de contratos laborales, la firma de contratos, dar la línea estratégica de la organización.

Que la persona encargada de celebrar los contratos de servicios o suministros que necesitaba la fundación es la representante legal y los que tienen los poderes y

dependiendo de los montos de los contratos hay diferentes poderes, por ejemplo, los administradores regionales pueden firmar hasta \$30.000.000,00 y de ahí en adelante está la financiera nacional y la representante legal puede firma cualquier contrato.

Que, a la firma del contrato laboral, le daban al coordinador regional un poder anual para firmar contratos renovables cada año, función que hace parte de las funciones contratadas, por lo tanto, no se cobra más por la misma.

La testigo DEISY ROCIO VALENCIA PLAZA es la responsable financiera, contable y administrativa de la Fundación, conoce al actor porque fueron compañeros de trabajo desde 2015 hasta 2018, era coordinador nacional de proyectos, en 2017 coordinador de la regional Cauca y dejó de prestar sus servicios por vencimiento de su contrato.

Señaló que el actor se desplazaba a las diferentes oficinas de la fundación y también salía a visitas a terreno. Y como directivo participó en la toma de decisiones con relación a los presupuestos y manuales administrativos de la demandada.

Dentro de la jerarquía administrativa de la demandada el jefe es el coordinador país y desconoce el cargo que ocupaba el actor en la jerarquía.

Había una persona encargada de hacer todo el proceso de compras a nivel nacional y dentro de las funciones del representante legal esta la dirección de la organización a nivel nacional verificar, revisar todo y los proyectos y estar al tanto de la parte administrativa y financiera y de programas de forma global.

La seguridad para los funcionarios de la entidad antes la tenía Ángel un compañero y ahora hay otra persona, durante el tiempo de contrato laboral del actor, nunca ejerció funciones de representante legal, nunca estuvo registrado en cámara de comercio ni en el RUT, lo que se le otorgó fue un poder para que en ausencias como a todos los coordinadores, firmara para ciertos montos en los procedimientos de compras.

Que para 2018 se suprimió el cargo de coordinador nacional, el cual ya no existe y actualmente hay coordinaciones regionales.

La testigo ELIANA ISABEL ROMERO MOSCOSO, informó que fue una de las primeras trabajadoras que tuvo la Fundación en Colombia cuando apenas se estaba instalando en el país, y cuando ella llevaba un año y medio se contrató al actor en junio de 2002 porque se requería hacer unas obras de construcción y fue cuando lo conoció.

Señaló que el demandante empezó como un coordinador de agua y saneamiento, luego estuvo en la oficina de Popayán como coordinador y luego como coordinador de proyectos. Se trata de una organización extranjera que está inscrita en la Cámara de Comercio y solamente aparece inscrito el apoderado, que es la persona que el Patronato de la organización le da el poder para ejercer como apoderado de la Fundación en Colombia. Que ni el actor ni ella estuvieron inscritos en Cámara de Comercio como representantes legales, solamente tuvo un poder que le dejaron en algún momento y solamente estuvo cuando la organización la delegó como representante en Colombia

Que solamente en ausencia de la persona apoderada de la organización, el actor o ella podían firmar algunos contratos de compras y como la organización realiza trabajo de ayuda humanitaria ante crisis que no dan espera, como llevar alimentos, kits de agua, son decisiones que hay que tomar de inmediato y no pueden esperar a que llegue una persona que lo autorice, entonces era por eso, para que el trabajo no se parara.

Sostuvo que las funciones de representante legal solamente le fueron retribuidas cuando la nombraron representante de la organización anteriormente, nunca tuvo un salario extra por nada adicional a su trabajo. Que en octubre de 2016 la nombran apoderada de la organización, al gestionar su nacionalidad española.

Expuso que cuando el representante se encontraba de vacaciones o ausente, se hacía una resolución pequeña, para que un tercero pudiera firmar contratos con proveedores.

ALEXANDRA POSADA CASTRO gestora empresarial, responsable del área de seguimiento y monitoreo de la Fundación, informó que conoce al demandante desde 2006 porque fueron compañeros de trabajo, él era el coordinador nacional de proyectos, su contrato de trabajo era a término fijo, como todos los contratos que tienen los trabajadores de la organización.

Explicó que, como coordinador nacional de proyectos, el actor era el responsable de gestión de los proyectos en marcha de la organización, monitoreaba, vigilaba el cumplimiento de los resultados de los indicadores de cada proyecto coordinando actividades entre las oficinas regionales y la central. Debía estar en diferentes zonas.

Señaló que el actor en Popayán no tenía superior, solamente en una ocasión que la representante legal vivía en Popayán solamente en esa ocasión, pero de resto nunca tuvo otro jefe.

Indica que a él se le entregaba un poder que básicamente se utilizaba sobre todo en los procesos de compra, era básicamente para poder firmar o autorizar las compras que excedían el monto que tenían en los procedimientos de compra; poder que lo otorgaban directamente desde Madrid. Poder que igualmente le fue otorgado a la señora Eliana Romero.

MARÍA CONSTANZA CONCHA KAVIEDES, responsable del área de gestión humana y voluntariado de la Fundación demandada, indicó que en agosto de 2018 inició con una vinculación por contrato de prestación de servicios con la fundación porque lo que estaba haciendo una asistencia técnica y en enero del 2019 empezó con un contrato de trabajo. Informó que conoce al actor quien estaba vinculado a través de un contrato de trabajo a término fijo con la organización. Él era el coordinador nacional de proyectos y entre sus funciones estaban el seguimiento de todos los proyectos que la organización ejecutaba a nivel nacional y a partir del año 2018 ejercía la responsabilidad de llevar los proyectos que se ejecutaban en el departamento del Cauca en la oficina de Popayán. Tenía la función de hacer seguimiento de toda la parte técnica operativa de todos los proyectos que se ejecutaban, porque todos estos tenían unos indicadores con los que la organización debía cumplir y parte de sus funciones era revisar que esos indicadores se estuvieran ejecutando en tiempo. Y también como era un cargo a nivel nacional, una de sus funciones era tener la representación de la organización y en ausencia del representante legal de la organización de su apoderado.

Señaló que el actor no fue representante legal de la entidad, pues lo que él tenía junto con las otras coordinaciones regionales era una un poder que se le otorgaba a través de una resolución para firmar contratos hasta cierto monto de dinero, o cuando ese monto excedía y quien ejercía como apoderado no estaba, se daba un poder para poder firmar contratos nada más. No tenía ninguna otra responsabilidad como apoderado. Y esa función está dentro de sus funciones que tienen asignados un salario.

Conforme la prueba referenciada, se observa primeramente que el actor no reunía uno de los criterios para ser nombrado como representante legal de la fundación como lo era tener nacionalidad española “expatriado” sin que se encuentre demostrado en autos que el citado hubiese sido registrado como tal en el certificado de existencia y representación legal de la organización para Colombia.

Seguidamente y aunque las funciones conferidas mediante poder, hacen parte de la representación legal de la entidad, contenidas en el certificado de existencia y representación legal de la demandada, la sola delegación de las mismas no lo

convierte automáticamente en representante legal de la organización, primeramente porque dentro de sus funciones generales como Coordinador Nacional de Proyectos se encontraba la de **“A) General *Actuar como representante en funciones en ausencia del representante”**²⁶ la cual tiene su razón de ser en que el actor ocupaba el segundo cargo en la estructura jerárquica de la organización. Y seguidamente porque si bien, los testigos MERCY JAZMÍN VISO CONEJO y OSCAR JAIME PARDO URBANO coinciden en indicar que el demandante en algunas ocasiones fungió como representante legal de la fundación, cuando los representantes legales “expatriados” salían de vacaciones o por alguna calamidad, entonces el actor quedaba a cargo de la organización, en el área de logística como compra de vehículos, el tema operativo de seguridad de oficinas y en el tema de comunicaciones consecución y planes de telefonía del personal en la empresa Claro, pero que no le pagaron por esas funciones adicionales. Sus dichos no ubican la actuación del actor como representante legal en un periodo de tiempo determinado y tampoco tienen ningún otro soporte documental²⁷, que destruya las afirmaciones de los testigos ANGEL DARIO MEZA ORTIZ, DEISY ROCIO VALENCIA PLAZA, ELIANA ISABEL ROMERO MOSCOSO, ALEXANDRA POSADA CASTRO, MARÍA CONSTANZA CONCHA KAVIEDES, quienes sostienen que, durante el tiempo de contrato laboral del actor, él nunca ejerció funciones de representante legal, pues lo que tenía junto con las otras coordinaciones regionales era un poder que se le otorgaba a través de una resolución para firmar contratos de hasta cierto monto de dinero, o cuando ese monto excedía y quien ejercía como apoderado no estaba.

Así las cosas, no se vislumbra la indebida valoración probatoria que denuncia la recurrente, pues no se logró demostrar en autos la ejecución de funciones diferentes a las asignadas para los cargos de Coordinador Regional de Proyectos, Coordinador General y Coordinador Nacional de Proyectos para los que fue contratado el demandante durante el periodo que alega su condición de “disfuncionalidad” y, por lo tanto, en este punto, se confirmará la sentencia recurrida.

3.2. La respuesta a los interrogantes **segundo** y **tercer** será parcialmente **positiva**. La tesis de la Sala se orienta a revocar la decisión de primer grado para declarar que el “auxilio gastos por transporte” pactado por las partes en las cláusulas contractuales, a partir del 29 de junio de 2002, que rigieron la relación laboral, tiene incidencia salarial, pues, el acuerdo de desalarización está en contravía del artículo 53 de la C.P., en concordancia con los artículos 1, 13, 127 y 128 del C.S.T.; mientras

²⁶ Pág. 451 PDF 19. Anexos Contestacion Demanda - expediente digital.

²⁷ Folios del 84 al 87 y del 92 al 93 están borrosos.

que las “*dietas*”, no tienen carácter salarial, por cuanto eran sumas entregadas para alimentación y alojamiento, además, no aparece acreditada la habitualidad del pago de las mismas al demandante, ni la suma precisa. Tampoco los 5 días de vacaciones adicionales son factor salarial para liquidación de prestaciones sociales porque es una prestación que se paga cada año, que no es habitual ni continua.

Para lo anterior, se acogen como fundamentos de la tesis, las consideraciones consignadas en la sentencia proferida el 17 de abril de 2023 por esta instancia, dentro del proceso ordinario laboral Radicado 19001310500220190029201²⁸.

Por mandato superior contenido en el artículo 53 de la C.P., en concordancia con los artículos 1 y 13 del C.S.T., el derecho fundamental al trabajo está debidamente garantizado bajo los principios superiores y legales, (i) del respeto a los derechos de los trabajadores, (ii) una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, (iii) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, (iv) primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas entre empleador y trabajador, (v) justicia y equilibrio social en las relaciones entre empleadores y trabajadores y (vi) ineficacia jurídica de cualquier estipulación o acuerdo que desconozca los derechos y garantías mínimos consagradas en favor de los trabajadores.

Conforme con el artículo 1° del Convenio 95 de 1949 de la OIT, todo rubro devengado por el trabajador como remuneración directa a la labor desempeñada es un factor constitutivo de salario, sea cual fuere la denominación.

A su vez, el C.S.T. en su artículo 127 determina los elementos integrantes del salario y el artículo 128 de la misma obra, los pagos que no constituyen salario²⁹

Según la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, el criterio conclusivo para definir si un pago es o no salario, consiste en determinar si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo; así se expuso en la sentencia CSJ SL5159-2018, reiterada en la sentencia SL076-2023, en la que se indicó:

“(…) que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, **no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como**

²⁸ Sala Laboral. HTS. Popayán. Proceso ordinario laboral Radicado Número 19 001 31 05 002 2019 00292 01 demandante Mercy Yasmín Pizo Conejo y demandada la FUNDACIÓN ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL. Mag. Ponente. Dr. Leónidas Rodríguez Cortés. 17 abril de 2023.

²⁹ subrogados en su orden por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990.

gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. 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.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.”

En igual sentido, en la sentencia CSJ SL1738-2021, recordada en la SL093-2023, la Alta Corporación dijo:

“(…) el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, como mal lo interpretó el Tribunal, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados.

Es más, esta Corte ha sido incisiva en cuanto a que el acuerdo de voluntades que declare no salarial un rubro, no desvirtúa su condición remuneratoria, pues aquella no está sujeta al total arbitrio de las partes. Así, un pago seguirá predicándose salarial si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, ya que se impone la realidad sobre las formalidades. De esta manera lo entendió la Corporación en sentencia CSJ SL5481, 12 feb. 1993 al referirse a la hermenéutica de los artículos 127 y 128 del estatuto laboral, según la modificación introducida en la Ley 50 de 1990 (...).

6.4. *Sobre la validez de los acuerdos de exclusión salarial que pretenden restar incidencia salarial al pago que recibe el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, la Sala Laboral de la CSJ, frente al artículo 128 ibidem, que permite restarle naturaleza salarial a algunos beneficios o pagos, ha dicho, “(…) la existencia de un acuerdo de exclusión salarial, no implica, desde el punto de vista jurídico, que lo recibido por el trabajador por concepto de auxilios o beneficios, ya sea en dinero o en especie, inexorablemente no constituyen factor salarial; pues si tal beneficio, en razón a su estructura, causa y finalidad, efectivamente retribuye directamente el servicio subordinado, será salario” (Sentencia del 31 de enero de 2023, SL076-2023, Radicación N.º 91552SL, de la Sala de Descongestión Nro. 1, de la CSJSL).”*

La decisión anterior, se basa a su vez, en la sentencia CSJ SL403-2013, donde la Alta Corte expuso:

“Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.”

En sentencia del 12 de febrero de 1993 (radicación 5481), al referirse a la interpretación de los arts. 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en vigencia de la ley 50 de 1990, esta Sala expuso lo siguiente:

“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, cuáles 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. [...]

a).- El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece, así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica --contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria-- que regule la prestación personal subordinada de servicios.

[...]

*3.- (...) 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.**”* (subrayado del texto original y negrilla de esta Sala).

De lo transcrito se desprende que el acuerdo de voluntades que le resta naturaleza salarial a un rubro o beneficio que en verdad es salario, resulta insuficiente para desvirtuar su condición remuneratoria directa del servicio, pues tal determinación no está sujeta al arbitrio de las partes; por tanto, si un pago cumple las condiciones previstas en la ley para ser salario, seguirá predicándose tal condición “aun cuando exista estipulación en contrario, ya que se impone la realidad sobre las formalidades. De esta manera lo entendió la corporación en sentencia CSJ SL5481, 12 feb. 1993 al referirse a la hermenéutica de los artículos 127 y 128 del estatuto laboral, según la modificación introducida en la Ley 50 de 1990” (CSJ SL3272-2018).

3.2.1. Caso en concreto.

Revisados los contratos celebrados entre las partes, se observa que además del salario mensual como retribución del servicio, se acordó expresamente por los contratantes una cláusula de desalarización, determinando que los auxilios o beneficios extralegales recibidos por el trabajador no constituirían salario, estableciendo una cláusula “NOVENA: El patrono se compromete a pagar

mensualmente el valor correspondiente a gastos por traslados y gastos de representación para el desarrollo de sus labores, el cual no constituirá parte integral del salario.” En los contratos individuales de trabajo celebrados el 29 de junio de 2002 y el 1º de abril de 2003³⁰; también en el Parágrafo de la cláusula SEGUNDA *“Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones ocasionales o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato de trabajo, en dinero o en especie, no constituyen salarios y en la cláusula “NOVENA: El patrono se compromete a pagar mensualmente el valor correspondiente a gastos por traslados y gastos de representación para el desarrollo de sus labores, el cual no constituirá parte integral del salario.”* de los contratos celebrados el 1º de junio y 1º de noviembre de 2003, 1º de mayo y 1º septiembre de 2004, 1º de septiembre y 8 noviembre de 2005, 2 de octubre de 2006 (contrato por duración de la obra o labor contratada), 1º de septiembre 2007 (contrato por duración de la obra o labor contratada), 8 de enero y 1º septiembre de 2008 (contrato por duración de la obra o labor contratada), 1º de julio de 2010, 17 enero de 2012, 16 de enero de 2013, 16 enero y 1º de diciembre de 2014 prorrogado mediante otro si del 29 de octubre de 2015 y del 28 de octubre de 2016 y del 24 noviembre de 2017³¹ y sus cláusulas adicionales *“CLAUSULA 1: Se conviene en que ninguno de los pagos enumerados en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo tiene carácter de salario”*.

Igualmente se acordó que los beneficios o auxilios ahí estipulados de conformidad con la misma norma, tampoco tendrían naturaleza salarial. También se estipuló un AUXILIO DE TRANSPORTE a favor del trabajador para el 1º de septiembre de 2005 por valor de \$366.250,00 y a partir de enero de 2007 dicho auxilio ascendió a \$638.250,00, desde septiembre de 2007 a \$676.000,00 y a partir de septiembre de 2008 a \$717.779,00, desde el 15 noviembre de 2008 a \$900.450,00 y para el 1º de julio de 2010 a \$954.477,00, el 17 de enero de 2012 a \$992.658,00 y para 16 enero de 2013 a \$1.032.362,00.

Por los hechos controvertidos, es necesario señalar que, de la lectura de los documentos en mención, el trabajador fue contratado para laborar en la ciudad de Popayán, sin embargo, si el empleador lo requería, debía desplazarse para realizar actividades puntuales en cualquiera de las oficinas dentro y fuera del país.

³⁰ Págs.6-12 PDF 19.AnexosContestacionDemanda

³¹ Págs. 13-151. PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

Según comprobantes de pago de nómina se observa expresamente el pago de una suma de dinero por concepto de **GASTOS DE TRANSPORTE Y REPRESENTACION** al actor, adicional al sueldo para el 30 de julio y 30 agosto de 2004 por valor de \$135.900,00 y se le pagó subsidio de transporte por \$41.500,00. Por concepto de OTROS AUXILIOS el 30 de noviembre de 2005 se le canceló \$427.215,00 y \$85.458,00 el 30 de junio y 30 de julio. El 30 agosto de 2006 la suma de \$557.237,00 y el 30 diciembre de 2006 \$407.029,00, el 30 de enero, 28 de febrero y 30 de marzo de 2007 \$638.250,00; el 23 de diciembre de 2009 \$900.450,00.

Por **OTROS AUXILIOS (NO CONSTITUYEN SALARIO)** el 30 abril y 30 de julio de 2008 se le pagó \$676.000,00; el 20 febrero de 2010 \$600.300,00, el 24 marzo de 2010 por valor de \$900.450,00; en diciembre de 2012 \$827.213; en enero de 2013 \$516.181,00 y \$198.531,00, en octubre de 2013 \$997.950,00; en noviembre de 2013 \$1.032.362,00 y diciembre de 2013 \$825.890,00; en diciembre de 2017 \$1.032.362,00 en los meses de enero, febrero y marzo de 2015 \$1.070.560,00 y abril de 2015 \$963.504,00.

Por **AUXILIO DE TRANSPORTE** se le canceló para el 30 de abril de 2017 la suma de \$493.422,00; el 30 de julio, 30 de agosto, 30 septiembre, 30 octubre y 30 noviembre de 2017 \$1.392.799,00 para el 30 diciembre de 2017 \$1.021.386,00; el 30 de enero de 2018 \$1.169.951,00; el 28 de febrero \$1.462.439,00; el 30 de marzo de 2018 \$1.316.195,00; el 30 de octubre de 2018 \$1.218.699,00.³²

Por concepto de **BONIFICACION** el 23 de diciembre de 2009 se le pagó \$540.270,00; en diciembre de 2012 \$165.443,00; en enero de 2013 \$297.797,00; en octubre de 2013 \$34.412,00; en diciembre de 2013 \$206.472,00; en abril de 2015 \$107.056,00; para 30 diciembre de 2017 \$371.413,00; el 30 de enero de 2018 \$292.488,00; el 30 de marzo de 2018 \$146.244,00.

Adicional a lo anterior, reposa en autos un documento denominado "**liquidación de dietas y gastos de movilidad**"³³, por desplazamiento del actor entre los días 6 al 16 de febrero de 2018; para reuniones institucionales en Popayán y Tumaco y seguimiento a proyectos en Tumaco, en el que sólo se refleja el valor de \$60.000,00, por transporte. Y adjunto, se trae un listado de gastos que sumados ascienden a \$215.700,00; verificándose que los gastos reconocidos en la liquidación anterior corresponden realmente a "transporte".

³² Págs. 111-152 PDF 02.Anexos-expediente digital.

³³ Págs. 15-160 PDF 02.Anexos-expediente digital.

En desarrollo del proceso se escucharon en interrogatorio de parte al demandante y al representante legal de la demandada y las declaraciones de 7 testigos, cuyos dichos se resumen así:

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que durante su vinculación con la demandada participó en la discusión sobre el valor de la bonificación no salarial reconocida a los trabajadores. Que en 2002 cuando entró a la Fundación, conoció el tema de la bonificación con el que no estuvo de acuerdo. Que en el segundo semestre de 2018 cuando en la Oficina de Trabajo de Popayán indicaron que la bonificación hacía parte del salario, se cambió la modalidad de contratación de la organización y se dejó de pagar las bonificaciones pando a un salario completo e indicó que el valor de las dietas era suficiente porque correspondía a desayuno, almuerzo y comida que tenían en terreno.

La **Representante legal demandada** explicó que hay zonas muy difíciles de llegar y en la mayoría de las regionales tenían coche, en Buenaventura lancha y se pagaban las cuestiones de alojamiento, la gasolina y muchas veces esas dietas no eran suficientes y en caso del actor se incurre en muchos gastos de representación, entonces tenían unos auxilios no constitutivos de salario que lo que querían era apoyar gastos extras que surgen en estos contextos que se desarrollan sus actividades, tanto de conectividad, de comunicaciones, de internet, de hidratación, de transportes, imprevistos de mejorar la comida, en el caso del demandante también de invitar a alguien, o sea todo lo que es una gasto de representación.

Todas las personas que estaban tenían un salario mensual y un ingreso que era el ingreso básico de cotización y otros auxilios no constitutivos de salario. Estos auxilios no constitutivos no superaron el 40% del valor de salario, no, al contrario, esta bonificación se pactó de buena fe con los trabajadores para que pudieran realizar su misión sin contratiempos, pensando en el bienestar de los trabajadores. Y aunque la organización paga transporte, viáticos para que las personas tengan cómo moverse y adicional tienen unos auxilios no constitutivos de salario que son para apoyar gastos extras que surgen en los contextos en los que se desarrollan sus actividades, como por ejemplo: de transportes imprevisto por sus viáticos eran bastante bajos en algunos lugares, entonces era para mejorar todo el tema del viaje de la persona y pudiera tener muchas mejores condiciones y en el caso del actor son gastos de representación porque él era un directivo. Se hizo un acuerdo con los trabajadores en ese momento de que se cancelarán mensualmente.

Respecto a las “dietas” en caso del actor como tenía en el regional coche si iba al barrio, pues no generaba dietas porque estaba el coche, entonces ese tipo de cosas se hacía cuando era viaje

Ellos pagan el transporte, los viáticos, etc., pero además tienen muchos gastos adicionales cuando se están moviendo, era como una manera de complementar los gastos extras que surgen en los viajes y en el trabajo que se realiza en este contexto, para lograr desarrollar adecuadamente las actividades: comunicación o más gasto de hidratación o tienen transporte imprevisto o la comida le vale más que el viático o tiene que invitar al líder o tiene que invitar a la persona de la institución, etcétera, entonces de buena fe se pactó con los empleados de la organización.

Explicó que había móviles para oficina y había personas que por su trabajo también tenían móvil y al actor se asignó a un móvil porque él era un directivo y él hablaba con las personas de las municipalidades, con las comunidades y entonces era muy importante que estuviera comunicado.

Al actor se le reconocían un beneficio que era tener por cada año trabajado 5 días adicionales de descanso, que también se pactó con los empleados como un beneficio adicional en el que participó como directivo el demandante y era opcional si quería o no tomarlos.

Los testigos MERCY JAZMÍN PISO CONEJO y ÓSCAR JAIME PARDO URBANO explicaron que a todos les pagaban un salario base y unos auxilios que les llamaban otros auxilios o auxilios extralegales, obviamente para los coordinadores como el actor, ese auxilio era mucho mayor, igual que el salario base, entonces a todos los trabajadores se les dividió el salario como como en esas dos cosas, entonces pues el base era como el que le hacían a ella la liquidación de prestaciones sociales y los otros auxilios pues cada uno vería que hacía con ellos. Ese auxilio les llegaba el total a la cuenta: lo que se ganaba y los auxilios.

MERCY PISO señaló que había una tabla que se le llamaba “dieta” en la cual estaban todos los lugares posibles donde se podía ir y había una liquidación diaria de dietas por la alimentación, transporte u hospedaje. Y prácticamente su salario no lo tocaba para los viajes ni nada de eso, porque eso se lo pagaban aparte porque la persona salía la semana o los días que tuviera que salir y llegaba y liquidaba dieta, que era todos los gastos que había tenido durante esa semana. Si había pagado teléfono, transporte público o avión y cuando salía en las camionetas de la organización, pues llegaba y liquidaba el combustible, Los peajes. Por día había un valor de desayuno, almuerzo y comida. Entonces si había salido martes o miércoles,

igual cada día valía \$20.000,00 en Balboa por decir una cosa o en Cali. Entonces llegaba y liquidaba, una vez gastados o incluso también le daban un anticipo. Si no tenía para viajar había un formato en el que pedía anticipo y viajaba con la plata de la organización prácticamente y cuando llegaba del viaje, liquidaba. Entonces el salario le quedaba libre, porque prácticamente la organización respondía por hospedaje, transporte y alimentación.

Es decir, había dos opciones: pedir anticipo o viajar con su dinero y cuando llegaban lo primero que hacía era liquidar dietas (alimentación, hospedaje, transporte público), entregaba todo eso en un formato que se llamaba liquidación de dietas y eso lo firmaba el coordinador regional y luego se le pasaba al auxiliar y le devolvían el dinero que hubiese gastado en toda la semana y sí había pedido anticipo sumaba y reintegraba el saldo. Siempre para todas las regionales, para todas las zonas, le cubrían todo eso y cuando viajaba en avión ellos le hacían la reserva.

Todos los que viajaban fuera a la vereda o a otra regional fuera, se hacía esa liquidación de dieta por aparte del salario y había que legalizarlo para que le pagaran.

La testigo ELIANA ISABEL ROMERO MOSCOSO explicó que entre las partes se pactó un auxilio extra legal, un auxilio extra-salarial, debido a las funciones que realiza la organización que implica muchos viajes a diferentes zonas, entonces se hizo este acuerdo por escrito que el actor aceptó durante todos los años que estuvo trabajando, y nunca superó el tope de 40% del salario.

La remuneración del actor lo conformaba el salario, un auxilio y una bonificación, un auxilio extralegal. Y para los gastos por las funciones de campo del actor la organización tiene una tabla de dietas muy bajas, lo que supone que tenía que asegurarse de su bolsillo para por ejemplo su alimentación, como la tabla básica era tan baja por ejemplo \$22.000 solo había que justificar para que se hacía, ejemplo si es transporte en taxi o transporte intermunicipal presentaba el recibo, los tiquetes aéreos los compraba la organización y ella misma hacía las reservas de hotel, el trabajador solo pide las facturas y las entrega en la administración.

La testigo ALEXANDRA POSADA CASTRO indicó que con ocasión de las funciones el trabajador incurría en gastos de alimentación, hospedaje, transporte que eran asumidos por la organización y en el caso de transporte y de alojamiento lo que se hacía básicamente era solicitar una factura que es la que presentan a la administración y sobre esa se legaliza el gasto y les hacen la devolución del dinero.

En cuanto a la alimentación tienen especificadas unas dietas con las que se alimentan en la zona.

La contraprestación tenía un salario base y una bonificación extra legal: teniendo en cuenta que los presupuestos de los proyectos son prácticamente muy bajos era para el tema de dietas del personal, ya que las dietas que les entregaban no les alcanzaba para cubrir el tema de hidratación, de comunicaciones o en caso de querer comer un poco mejor, porque en algunas zonas un almuerzo era imposible poderlo cubrir o si querían comer mejor, podían utilizar esa bonificación.

La organización cuenta con camionetas para ir a las zonas donde se ejecutan los proyectos y se utilizan constantemente porque la ejecución de los proyectos es constante y cada vez que se requiere salir a la zona utilizaban los vehículos para la movilidad y la gasolina de esos vehículos la cubre la organización. Los gastos de los pasajes intermunicipales o lo que se gasta en transporte se legaliza con la factura.

Por cada zona hay un valor específico para las dietas, porque los valores de los alimentos en cada zona son diferentes.

La testigo MARÍA CONSTANZA CAVIEDES, señaló que si se pactaba una cláusula de no salarial de común acuerdo con algunos trabajadores y que al actor dentro de sus funciones le tocaba realizar desplazamientos. Él tenía un salario básico y un auxilio extralegal no constitutivo de salario para cubrir algunos gastos porque las dietas que tenía contemplada la organización para cubrir gastos de alimentación eran en esa época demasiado bajas. Eran dadas para que la persona no incurriera en un gasto adicional si quería comer algo mejor, hidratarse, algún gasto telefónico que tuvieran extra.

Los gastos del transporte y del hotel los asume la organización, hay convenios previos con hoteles y las facturas llegaban a la administración, pero tenía que justificar también los gastos en los que incurría por los viajes. Y la organización tiene vehículos y tiene lanchas dependiendo de donde debía ir y esos gastos de gasolina y mantenimiento los asumía la organización.

El testigo ÁNGEL DARÍO MEZA ORTIZ, explicó que el actor para efectuar sus traslados a las diferentes zonas, la organización tiene una tabla de gastos de dietas que para la fecha en la que estaba era bastante bajos, pues solo incluía almuerzo, desayuno y cena, transporte y hospedaje fijada por el representante legal con el actor y con la parte administrativa nacional. Algunas zonas tienen vehículos y los gastos de gasolina y mantenimiento de los vehículos se encarga la organización.

Que a todos en la organización se los reconocía un salario básico más un factor no constitutivo de salario que se utilizaba para cubrir gastos personales en las salidas a terreno, porque las dietas eran muy bajas y no alcanzaban para gastos de hidratación, comunicación; dichos gastos eran cancelados mensualmente. Y primero se hace una solicitud a la administración para un anticipo de dietas y ese tipo de dietas se debe legalizar con un formato preestablecido y adjuntar los recibos pertinentes que se obtengan, principalmente hoteles ante el administrador de la regional.

Explicó que se reconoce 5 días adicionales de vacaciones por cada año laborado dentro de la organización, como un beneficio adicional que no entra dentro de las vacaciones legales, y era para todos los trabajadores, sin excepción que tuvieran un año de trabajo continuo, el cual no tienen en cuenta para efectos de liquidaciones de prestaciones.

La testigo DEYSI ROCÍO VALENCIA PLAZA explicó que el contrato laboral les informa que tienen derecho a una bonificación, pero no hace parte de la base para prestaciones sociales y la usan para comunicaciones, llamadas a celular si tienen reuniones, sacar fotocopias, si durante el trayecto de viaje tienen comer algo, aseo personal. Y el actor en calidad de directivo participó en el establecimiento o diseño de este tipo de bonificaciones y en las dietas.

Los costos de traslado del actor a diferentes sitios, tienen formatos en los que solicitan los gastos de viaje y cada empleado que sale debe diligenciarlo y él se los remitía a la testigo porque hacía parte de la tesorería. Que tienen un manual administrativo de dietas en el cual está pactado el desayuno, almuerzo, cena y también el hospedaje y para los transportes de acuerdo a lo que cueste a las zonas donde debía dirigirse. Que la organización tiene vehículo en la regional Cauca y para el tanqueo se tenía convenio con una estación de servicio. Para ello cada empleado solicita un anticipo para viajes, o sea que se le da con anticipación y se cancelan, o sea, previo al viaje y el auxilio no constitutivo de salario era cancelado cada mes.

También hizo alusión a los 5 días adicionales reconocidos por concepto de vacaciones.

De la interpretación armónica del artículo 53 de la C.P., en conjunto con los artículos 1, 13, 127 y 128 del C.S.T. y la jurisprudencia referida sobre los elementos legales del salario y las cláusulas o acuerdos pactados entre empleadores y trabajadores sobre pagos no constitutivos de salario, entonces se tiene que para establecer si el

auxilio pactado entre los sujetos de la relación laboral (trabajador - empleador) tiene connotación salarial, pese a la existencia de un pacto de exclusión, es necesario encontrar acreditado que dichas sumas retribuían directamente la actividad laboral contratada, es decir, se debe verificar si el pacto firmado desalarizaba un pago que realmente remuneraba el servicio, para así determinar si la cláusula o pacto acordado tiene o no eficacia jurídica a la luz del citado artículo 13 del C.S.T.

En el presente asunto, lo primero que advierte la Sala, dentro de esa autonomía contractual que faculta a las partes para estipular las sumas habituales u ocasionales que van a hacer otorgadas al(la) trabajador(a) por el empleador en forma extralegal, las partes suscribieron sendos contratos de trabajo, otro sí o cláusulas adicionales en las que se acordó que la demandada reconocería al entonces trabajador un AUXILIO POR GASTOS DE TRANSPORTE, diferente al salario mensual, pero, se pactó de forma expresa en las cláusulas contractuales que tal auxilio no sería constitutivo de salario, cuya aceptación por parte del promotor del proceso fue voluntaria.

No obstante la voluntariedad de la exención pactada durante la relación laboral, verificada las pruebas documentales, interrogatorios de parte y testimonios, los rubros recibidos por el demandante en la nómina de la fundación como “otros auxilios” (desde 30 de noviembre de 2005 hasta el 30 de abril de 2015) y “como auxilio de transporte” (desde el 30 de abril de 2017 hasta el 30 de octubre de 2018), sí son constitutivos de salario porque conforme con dichas nóminas eran pagos habituales, además, no existe registro alguno de que el auxilio de transporte se hubiera gastado efectivamente en ello o con la finalidad de reintegrar un costo adicional que pudiera haber generado el cambio de residencia habitual del actor, como consecuencia de sus traslados a diferentes sitios o municipios donde prestaba el servicio en desarrollo de los proyectos o misiones de la fundación.

Y, es que, a pesar de que en las cláusulas contractuales se estipuló el auxilio por gastos de transporte por el cambio de lugar de residencia y la representante legal de la fundación en su interrogatorio de parte dijo que dicho auxilio no era constitutivo de salario y se pagaba para cubrir los gastos de transporte en las salidas a terreno; dentro de su mismo interrogatorio aceptó que el auxilio era para cubrir, entre otros, compra de hidratación o comer mejor y reveló que si el demandante debía trasladarse por fuera de la sede, la fundación ofrecía el transporte generalmente tenía vehículos y en Buenaventura lancha para transporte personal.

Estas afirmaciones se corroboran con el testimonio de DEYSI ROCÍO VALENCIA PLAZA quien explicó que el contrato laboral les informa que tienen derecho a una

bonificación, pero no hace parte de la base para prestaciones sociales y la usan para comunicaciones, llamadas a celular si tienen reuniones, sacar fotocopias, si quieren durante el trayecto de viaje que tienen comer algo, aseo personal. Y los testigos MERCY JAZMÍN PISO CONEJO y ÓSCAR JAIME PARDO URBANO ex trabajadores de la fundación, quienes señalaron que por gastos de transporte, alimentación u hospedaje se les reintegraba el dinero o podían pedir un anticipo, esto es, la fundación reembolsaba separadamente del sueldo y del auxilio extralegal, los gastos por transporte en que hubieran incurrido de acuerdo con los recibos que ellos entregaran; incluso, frente al tema del transporte, se movilizaban a veces en vehículos de la misma fundación.

Con todas estas declaraciones de trabajadores y ex trabajadores de la demandada y soportadas con los documentos (contratos, otro si, adicionales y comprobantes de pago de nómina del trabajador), queda clara la finalidad del reconocimiento de ese auxilio por gastos de transporte, aun cuando quedó bajo esa denominación y fue pactado bajo el carácter no salarial, en la realidad remuneraba directamente el servicio prestado por el actor y se pagó de forma habitual, por lo que la cláusula de desalarización resulta ineficaz.

Además, está debidamente probado que la empleadora entregaba anticipos o reembolsaba gastos de transporte al demandante, de forma adicional al auxilio “por gastos de transporte” y en otras ocasiones cubría con sus vehículos el traslado a diferentes sitios y bajo tales hechos indiciarios ciertos y no controvertidos, los pagos por dicho auxilio los podía destinar libremente la demandante y no fueron efectivamente utilizados para el fin que fueron creados, por lo que, tales emolumentos son constitutivos de salario.

En consonancia, conforme la jurisprudencia laboral se debe señalar que, la facultad de acordar que determinada suma de dinero no constituya salario no es absoluta, pues, aunque por disposición de las partes se puede estipular qué rubro constituye o no salario, lo cierto es que no es dable desconocer la naturaleza de los rubros retributivos del servicio, pues prevalecen los derechos mínimos del trabajador, el principio de la realidad sobre las formas y la dignidad humana.

De lo anterior surge evidente que el auxilio de transporte es constitutivo de salario y, por ende, afectaba favorablemente la liquidación de prestaciones sociales y los aportes realizados al sistema general de pensiones.

Ahora, si bien, la cláusula de desalarización frente a los auxilios y/o beneficios ocasionales recibidos por el actor durante la vigencia del contrato de trabajo, se

estipuló desde inicio de la relación laboral entre las partes, esto es, desde el 29 de junio de 2002, el “auxilio por gastos de transporte” sólo fue pactado entre las partes de forma expresa con un documento denominado “cláusula adicional”, al contrato firmado el 01 de septiembre de 2005. De ahí en adelante, este auxilio extralegal aparece expreso en los contratos o adiciones a los contratos firmados entre la demandante y la demandada, como ya se indicó, incluida la cláusula adicional del 1º de diciembre de 2014.³⁴

Acorde con estos hechos probados, el auxilio le fue reconocido al demandante hasta el 30 de noviembre de 2018 fecha final de la última adición (24 de noviembre de 2017³⁵) al contrato de trabajo celebrado el 01/12/2014, y, por ende, hasta esa fecha se debe realizar los ajustes pertinentes para prestaciones sociales y aportes a pensión; y, se condena a los reajustes pertinentes, atendiendo además lo relativo a la prescripción, teniendo en cuenta como interrupción de la prescripción la presentación de esta demanda el 16 de julio de 2019³⁶. Por lo que se declararan prescritos los derechos laborales anteriores al 16 de julio de 2016, salvo lo relativo a los aportes para pensión.

Ahora bien, en este caso, procede la prescripción de la reliquidación de las cesantías, primeramente, porque el contrato de trabajo ya terminó y, porque nos encontramos en presencia de una prestación periódica (cuya liquidación se efectúa en forma anualizada y como quiera el empleador debe efectuar la consignación en un fondo, no prescribiría el derecho). Sin embargo, como estamos frente a la reclamación de la reliquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales, sí opera el fenómeno prescriptivo, pues las cesantías eran exigibles por parte del trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo (30 de noviembre de 2018) empezando a correr el término de prescripción a partir del día siguiente y como el demandante no efectuó la reclamación de su reliquidación en los años anteriores (cuando el empleador, por mandato legal hizo la liquidación y consignación en el Fondo de cesantías), el reajuste de cesantías queda cobijado por el fenómeno de la prescripción respecto a aquellas anteriores al 16 de julio de 2016.

Así las cosas, efectuada la liquidación por el profesional universitario grado 12 que presta su servicio a la Sala, con la respectiva indexación hasta el 31 de enero del año en curso, que hará parte integrante de esta providencia, el total de las condenas de primera y segunda instancia asciende a la suma de \$8.224.102,00, sin perjuicio de la indexación que se cause hasta el momento del pago.

³⁴ Pág. 145 PDF 19.AnexosContestacionDemada-expedinte digital.

³⁵ Pág. 150 PDF 19.AnexosContestacionDemanda

³⁶ PDF 05.ActaReparto-expediente digital.

3.2.2. En lo que respecta a la queja de la parte demandante, por la omisión del reajuste prestacional y de aportes por los pagos realizados a título de “*dietas*”, la misma, no tiene vocación de prosperidad, en tanto el demandante y la representante legal de la demandada en sus interrogatorios de parte y también los testigos escuchados en primera instancia, MERCY JAZMÍN PISO CONEJO, ÓSCAR JAIME PARDO URBANO, ELIANA ISABEL ROMERO MOSCOSO, ALEXANDRA POSADA CASTRO, MARÍA CONSTANZA CAVIEDES, ÁNGEL DARÍO MEZA ORTIZ, DEYSI ROCÍO VALENCIA PLAZA, señalaron que las dietas se pagan a los trabajadores de la fundación para retribuir los gastos por alimentación, es decir que no se retribuye directamente el servicio prestado por la trabajadora y aunado a ello, tampoco sería posible establecer con certeza la periodicidad de su pago y el monto pagado por dicho concepto a la demandante, tan solo obra un documento denominado “liquidación de dietas y gastos de movilidad”³⁷, por desplazamiento entre los días 6 al 16 de febrero de 2018 del actor para reuniones institucionales en Popayán y Tumaco y seguimiento a proyectos en Tumaco, en el que sólo se refleja el valor de \$60.000,00, por transporte. Y adjunto, se trae un listado de gastos que sumados ascienden a \$215.700,00; verificándose que los gastos reconocidos en la liquidación anterior corresponden realmente a “transporte.

3.2.3. Finalmente, respecto al descanso remunerado de que trata el artículo 41 del reglamento interno de Trabajo del año 2014, de su redacción se extrae que se trata de un beneficio extralegal que la accionada “*podrá otorgar hasta 5 días de descanso remunerados a los trabajadores que cumplan 1 año continuo de servicio y tengan buen desempeño laboral*” de acuerdo con el texto del artículo, su reconocimiento es condicionado, es anual y se trata de un descanso hasta por 5 días que es remunerado. Por lo tanto, es evidente que no se trata de un factor de salario habitual, periódico o permanente.

Así las cosas, se revocará la sentencia apelada para reconocer el auxilio por transporte como factor salarial, mientras que “las dietas” y el descanso remunerado por 5 días adicionales a las vacaciones no constituyen salario.

3.3. La respuesta al **cuarto** interrogante será **negativa**. La tesis de la Sala se orienta a confirmar la decisión de primer grado. Lo anterior, como quiera que no se encuentra acreditada la afectación moral que alega el demandante.

En lo atinente al problema jurídico relacionado con la indemnización de perjuicios morales, se alegan unas pruebas como dejadas de apreciar, básicamente la historia

³⁷ Págs. 15-160 PDF 02.Anexos-expediente digital.

clínica del Hospital Universitario San José de Popayán³⁸ aportada, con los siguientes registros:

El 25 de agosto de 2018 acude a consulta con médico general para presentar resultados de exámenes con diagnóstico principal de hiperlipidemia y diagnósticos secundarios: degeneración grasa del hígado no clasificada en otra parte y otros problemas de tensión física o mental relacionados con el trabajo por estrés y sobrecarga laboral, se ordena medicamentos, solicita ecografía de tejidos blandos de pared abdominal y de pelvis y remite a medicina laboral y psicológica. El 22 de octubre de 2018 lo valora psicología ordena continuar control con esa especialidad y lo remite a psiquiatría y el 24 de octubre de 2018 acude a consulta por estrés laboral por lo que se genera incapacidad laboral por 30 días, medicamentos y consulta por psiquiatría y el 20 diciembre de 2018 en consulta con psiquiatría se registra *“el paciente describe que se ha sentido menos ansioso, lejos de su retiro del trabajo, recibe la medicación, duerme, apetito variable, no ha presentado alteraciones psicóticas”* continúa medicación y cita de control en 60 días.

Se observa entonces que según la última consulta del actor su situación de estrés laboral evolucionó y para la fecha del 16 de enero de 2019³⁹ en que le practica el examen médico ocupacional de retiro, la médica especialista en salud ocupacional no encontró ninguna enfermedad de origen común o laboral y por lo tanto lo declaró como *“paciente clínicamente normal, apto para labor con recomendación de continuar manejo instaurado por psiquiatría y por hta.”* Por lo tanto, no se evidencia que la demandada le causara al trabajador los daños morales a los que éste se refiere en la demanda.

De otra parte, no se demostró que el empleador hubiese obrado arbitrariamente o con el ánimo de causar daño al trabajador, pues simplemente lo que hizo fue adelantar el respectivo proceso disciplinario al actor, por una conducta previamente establecida en el reglamento de trabajo; por lo que el ejercicio de dicha actuación administrativa no es suficiente para considerar que el empleador le irrogó los perjuicios morales cuyo resarcimiento deprecia. Pues, tal como lo ha adocinado la alta Corporación Laboral *“...es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial”*,⁴⁰. Y en este caso, no puede concluirse que el adelantamiento de la

³⁸ Págs.204- 225 PDF 02.Anexos-expediente digital.

³⁹ Pág.434 PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

⁴⁰ CSJ Sentencia SL14618-2014.

investigación disciplinaria como un agotamiento previo y necesario a efecto de imponer cualquier sanción pueda ser atribuido a la actuación injusta del empleador, máxime que no derivó en sanción alguna para el actor.

3.4. La respuesta al **quinto** interrogante será **negativa**. La tesis de la Sala se orienta a confirmar la decisión de primer grado. Lo anterior, como quiera que no se encuentra acreditada la mala fe del empleador.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, regula la sanción por no consignación de la cesantía, esta indemnización moratoria, según lo señalado por la CSJSL, en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467, reiterada en decisión SL365-2023, *“... tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono”*.

La Alta Corporación ha reiterado por ejemplo en la sentencia CSJ SL009-2023, que *“... es indispensable la verificación de «[...] otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»*.

De suerte que, la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador no consignaba cesantías a un fondo.

3.4.1. Caso concreto.

Según la información consignada en la liquidación de los contratos de trabajo⁴¹ y liquidación de cesantías e intereses a las cesantías⁴² (enero 30 de 2015, noviembre 2014, 22 de diciembre de 2018); en algunos de los cuales se deja constancia que las cesantías fueron consignadas al Fondo de Cesantías PROTECCION.

A partir de lo expuesto, no resulta próspera la indemnización moratoria reclamada y que tiene su origen en el incumplimiento de la obligación del empleador de consignar

⁴¹ Pág. 427,433, PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

⁴² Pág.425 PDF 19.AnexosContestacionDemanda-expediente digital.

en un fondo autorizado el auxilio de cesantía de su trabajador.

Y, aunque la demandante tiene derecho al reajuste de prestaciones sociales, incluidas las cesantías, por haberse dejado por fuera el auxilio denominado “gastos de transporte”, que constituye salario; la omisión del empleador al no computar este auxilio como base de la cotización al fondo de pensiones, por sí solo no muestra la mala fe de la fundación empleadora, como quiera que, primero, se trató de un auxilio que se pactó con cláusula de desalarización y con base en los términos de los contratos el empleador tenía la convicción de que el auxilio no tenía incidencia salarial ni prestacional; y, segundo, el empleador siempre fue cumplidor de sus obligaciones legales por lo que no se muestra que por esa conducta se genere una mala fe que conduzca a la prosperidad de la sanción de mora reclamada. Por lo que en este punto se confirmará la decisión.

En tal virtud, evacuados los puntos materia de apelación, se modificará la sentencia recurrida.

5. Costas

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán – Cauca, para **DECLARAR** que el auxilio denominado gastos de transporte, pactado entre las partes a partir del 1º de septiembre de 2005 y que se mantuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2018, tiene carácter salarial, con incidencia prestacional y en el pago de aportes a la seguridad social en el sistema de pensiones, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción de todos aquellos derechos laborales exigibles con anterioridad al 16 de julio de 2016, salvo lo concerniente al reajuste de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la FUNDACION ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL a pagar en favor del señor JORGE LUIS TORRES CALLEJAS, el reajuste de prestaciones sociales por los valores que se indican a continuación:

CESANTIAS	\$ 3.509.816,00
INTERESES A LAS CESANTIAS	\$ 364.003,00
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 2.555.285,00
VACACIONES	\$ 1.794.998,00
TOTAL	\$ 8.224.102,00

CUARTO: CONDENAR a la FUNDACION ALIANZA POR LOS DERECHOS, LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL al reajuste de los aportes a la seguridad social en el sistema de pensiones, con inclusión de los valores pagados a partir del 1º de septiembre de 2005 y hasta el 30 de noviembre de 2018 por concepto del factor salarial denominado auxilio gastos de transporte, conforme a lo expuesto.

QUINTO: DISPONER que los valores objeto de condena sean indexados al momento del pago.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la demandada y en favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

OCTAVO: AGREGAR al expediente la liquidación efectuada por el profesional para asuntos laborales que hace parte integrante de esta providencia.

NOVENO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme con lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


*Firma válida
providencia judicial*

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE**


*Firma válida
providencia judicial*
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL**


*Firma válida
providencia judicial*
**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**